

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE L'INFLUENCE

De l'Attribution du Prix

sur le Caractère et sur les Effets

de l'Adjudication d'un Immeuble indivis

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 21 Février 1907, à 2 heures 1/2

PAR

Henri RENON

Président : M. Ambroise COLIN, professeur

Suffragants { MM. MASSIGLI, professeur
PLANIOL, professeur

PARIS

IMPRIMERIE BONVALOT-JOUVE

15, Rue Racine, 15

1907

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE L'INFLUENCE

De l'Attribution du Prix

sur le Caractère et sur les Effets

de l'Adjudication d'un Immeuble indivis

~~~~~

THÈSE POUR LE DOCTORAT.

*Présentée et soutenue le Jeudi 21 Février 1907, à 2 heures 1/2*

PAR

**Henri RENON**

---



*Président : M. Ambroise COLIN, professeur*

*Suffragants { MM. MASSIGLI, professeur*  
*PLANOL, professeur*

---

PARIS

IMPRIMERIE BONVALOT-JOUBE

15, Rue Racine, 15

---

1907

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

A MA MÈRE

A MON FRÈRE



DE L'INFLUENCE DE L'ATTRIBUTION DU PRIX

## Sur le caractère et sur les effets de l'adjudication

*D'UN IMMEUBLE INDIVIS*

---

### INTRODUCTION

Le Code civil français facilite d'une façon peut-être excessive et contre laquelle le législateur paraît tendre à réagir (1) le partage des biens qui se trouvent dans l'indivision.

L'article 815 du Code civil stipule en effet que nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision, et que le partage peut toujours être provoqué nonobstant prohibitions et conventions contraires.

Par conséquent un des copropriétaires peut tou-

---

1. Voir la loi du 30 novembre 1894 sur les habitations à bon marché.

jours demander le partage des biens indivis et si les autres copropriétaires ne consentent pas au partage amiable de ces biens, il y est procédé judiciairement. C'est même ce qui se produit nécessairement si l'un des copartageants est mineur, interdit ou absent.

En principe le partage a lieu en nature, c'est-à-dire que l'on établit avec les biens mêmes qui se trouvent dans l'indivision des lots conformes aux droits des parties, ainsi qu'il est stipulé par les articles 823 et suivants du Code civil et 966 et suivants du Code de procédure civile ; et il est ensuite procédé entre les copartageants au tirage au sort des lots ainsi établis soit devant un juge, soit devant un notaire commis à cet effet (art. 982 du C. de pr. civ.).

Il se peut cependant qu'un partage en nature des biens indivis soit fort difficile, peut-être même impossible soit en raison de la nature des biens, soit en raison du nombre ou de l'intérêt bien entendu des copropriétaires.

Pour ne considérer que le cas où la masse indivise comprend uniquement des immeubles, on peut rencontrer pour leur morcellement en autant de lots que de parties copartageantes des difficultés très sérieuses. Ces difficultés déjà fort sensibles, lorsqu'il s'agit de propriétés rurales, deviennent le plus souvent insurmontables quand ce sont des propriétés urbaines qui se trouvent dans l'indivision.

Aussi pour remédier à cette situation l'article 827

du Code civil déclare que « si les immeubles ne peuvent pas se partager commodément, il doit être procédé à leur vente par licitation devant le tribunal. Cependant les parties, si elles sont toutes majeures, peuvent consentir que la licitation soit faite devant un notaire sur le choix duquel elles s'accordent ».

D'autre part l'article 1687 du même Code stipule que si une chose commune à plusieurs ne peut être partagée commodément et sans perte, ou si dans un partage fait de gré à gré de biens communs, il s'en trouve quelques-uns qu'aucun des copartageants ne puisse ou ne veuille prendre, la vente s'en fait aux enchères, et le prix en est partagé entre les copropriétaires.

Ainsi lorsque les immeubles indivis ne sont pas partageables en nature, ou lorsqu'aucun des copropriétaires ne veut ou ne peut les prendre dans son lot, ces immeubles sont vendus judiciairement par voie de licitation, soit à la barre du tribunal, soit par devant un notaire commis à cet effet après que toutes les formalités prescrites par les articles 970 et suivants du Code de procédure civile modifiés par la loi du 2 juin 1841 ont été observées.

La vente des immeubles indivis à laquelle il est ainsi procédé, bien qu'elle soit une vente judiciaire, n'en garde pas moins le caractère d'un incident du partage, n'ayant lieu que pour faciliter celui-ci.

C'est pourquoi en principe ne prennent part à l'adjudication des immeubles licités que les copropriétaires de ces immeubles, en sorte que ceux-ci sont nécessairement adjugés à l'un ou plusieurs des colicitants et que par suite l'effet déclaratif de l'article 883 du Code civil s'applique à l'adjudication.

Mais il faut immédiatement reconnaître que cette hypothèse dans laquelle seuls les copropriétaires prennent part, la licitation, est excessivement rare.

En effet, aux termes de l'article 1687 du Code civil chacun des copropriétaires est le maître de demander que les étrangers soient appelés à la licitation; ils sont nécessairement appelés lorsque l'un des copropriétaires est mineur.

Pour que tous les copropriétaires retirent un avantage de la licitation des immeubles indivis impartageables en nature, il faut que ces immeubles soient vendus un prix se rapprochant autant que possible de leur valeur réelle.

Or l'un des copropriétaires peut ne pas avoir les capitaux suffisants pour se rendre acquéreur, le cas échéant, de l'immeuble licité, et par suite pour mettre les enchères jusqu'à ce que cet immeuble ait atteint un prix représentant sa valeur. Si ce copropriétaire n'avait pas la faculté d'exiger que les tiers pussent enchérir, il serait absolument à la merci des autres colicitants. Il peut même se trouver qu'aucun des copropriétaires ne veuille ou ne puisse se rendre

acquéreur de l'immeuble. Il faut donc que les étrangers aient la faculté d'enchérir, sinon les copropriétaires, l'immeuble étant impartageable en nature, seraient contraints de demeurer dans l'indivision.

D'autre part lorsque l'un des copropriétaires est mineur les tiers sont nécessairement appelés à l'adjudication. En effet le tuteur du mineur lié par les règles étroites de la tutelle ne peut avantageusement se rendre adjudicataire au nom du mineur. Les formalités qu'il aurait à remplir ne se plient guère à ce genre d'opération, d'autant plus que n'ayant pas d'argent liquide entre les mains le tuteur serait obligé de se faire autoriser à vendre des valeurs mobilières ou à contracter un emprunt, la publicité de toutes ces formalités, qui ferait connaître aux autres copropriétaires la somme jusqu'à laquelle le tuteur aurait été autorisé à enchérir, les rend même impraticables. Les autres copartageants auraient donc la partie belle pour s'adjuger à vil prix l'immeuble commun au détriment des intérêts du mineur. La faculté d'enchérir que la loi donne aux tiers étrangers, écarte ainsi la possibilité d'un concert frauduleux entre les copropriétaires majeurs, et permet à l'immeuble indivis, dans la mesure du possible, d'atteindre son plus haut prix.

Par conséquent ainsi que nous venons de le voir les immeubles indivis licités peuvent être adjugés

soit à l'un ou plusieurs des copropriétaires, soit à un tiers étranger à l'indivision.

Mais quel que soit le résultat de l'adjudication, l'indivision a cessé quant à l'immeuble lui-même, et à sa place il existe dans la masse à partager une autre valeur indivise qui est le prix d'adjudication de l'immeuble licité.

Ce prix est facilement partageable et il fait l'objet d'attribution dans l'acte de partage. Il est attribué soit en totalité à l'un des copartageants, tandis que les autres sont remplis de leurs droits par l'attribution d'autres valeurs, soit par portions égales ou inégales à tous les copartageants ou à certains d'entre eux.

Quelle va être l'influence de l'attribution de ce prix sur le caractère et sur les effets de l'adjudication de l'immeuble indivis ? Tel va être l'objet de notre thèse.

Il importe en effet de savoir si l'attribution qui est faite du prix d'adjudication de l'immeuble indivis produit une influence quelconque sur les rapports qui existent entre les copartageants et surtout entre ceux-ci et les tiers qui ont contracté avec eux. Quel est le caractère de l'attribution, quel en est le sort, quels sont les droits que les ayants cause de chaque copartageant peuvent avoir sur la somme attribuée à leur auteur, telles seront les questions que nous aurons à examiner.

## PREMIÈRE PARTIE

**De l'attribution du prix d'un immeuble indivis au cas où l'adjudication est tranchée au profit d'un colicitant.**

---

### CHAPITRE I

**Étude sommaire de l'effet déclaratif de la licitation**

---

Lorsque pour sortir de l'indivision, les copropriétaires d'un immeuble le font vendre en justice sur licitation, et que l'un des communistes s'en rend acquéreur, l'adjudication à laquelle il est ainsi procédé revêt le caractère du partage.

En effet aux termes de l'article 883 du Code civil

chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets.

Ainsi le cohéritier à qui est adjugé un immeuble successoral est censé le tenir directement de la personne décédée. Par suite la période d'indivision qui s'étend du jour du décès à celui de l'adjudication est pour ainsi dire effacée, en sorte que les cohéritiers auxquels l'immeuble n'a pas été adjugé sont réputés n'avoir jamais eu aucun droit sur lui.

Les principes de cette doctrine qui était ignorée du droit romain remontent au xvr<sup>e</sup> siècle (1).

En 1538, une tentative fut faite pour essayer de décider que la saisie pratiquée par un créancier de l'un des communistes sur la part indivise de ce dernier dans l'immeuble commun était nulle lorsque l'immeuble était en entier attribué à un autre des copropriétaires (2).

---

1. Voir l'exposé historique de l'évolution de l'effet déclaratif du partage dans la thèse de doctorat de M. Charbonnier. *Les hypothèques sur part indivise et les collocations sur part virile*, 1906.

2. Il s'agissait d'un fief situé à Paris et possédé par quatre frères. Pendant l'indivision le seigneur de ce fief en saisit une partie (un sixième) appartenant à l'un des puînés. Quelque temps après dans le partage qui intervint le fief fut attribué en entier à l'aîné, et les puînés reçurent dans leurs lots d'autres terres ne relevant pas du même seigneur. La question soulevée était

Quelques années plus tard un arrêt du 8 janvier 1569 intervint qui décida que les hypothèques constituées sur l'immeuble commun pendant la période d'indivision sont résolues lorsque l'immeuble n'est pas mis dans le lot du constituant (1).

D'autres arrêts furent rendus dans le même sens en 1581 et 1595, et, depuis, le droit français n'a jamais varié et a toujours décidé que le partage en nature produisait un effet déclaratif et non pas translatif de propriété.

Il fut toutefois assez difficile d'étendre les règles admises au cas de partage en nature, dans lequel les lots attribués à chacun des copartageants étaient rigoureusement égaux, aux cas où l'un des cohéritiers recevait plus que sa part, soit parce que l'on était obligé de former des lots inégaux que l'on com-

---

de savoir si la saisie pratiquée se trouvait annulée par suite du partage comme pratiquée sur un immeuble qui n'appartenait pas au débiteur. Cette question fut soumise à un conseil d'avocats dont faisait partie Dumoulin. Dumoulin ne put assister à la séance *quartana et autumnali febre laboras*, mais il exposa dans son commentaire sur la *Coutume de Paris* dont il corrigeait alors les épreuves, les arguments des praticiens qui penchaient pour la nullité de la saisie, et les raisons qui lui faisaient adopter la solution contraire (*Coutume de Paris. Tit. Des fiefs, § 1, glosse 9, nos 43 à 47, comp. Aubépin. « De l'influence de Dumoulin sur certains points du droit civil français ». Revue crit. de législat., 1861, t. XVIII, p. 515 et suiv.*

1. Loouet, lettre H, somm. 11, nos 2 et 3.

pensait ensuite au moyen de soultes, soit surtout parce qu'on licitait le bien commun impartageable et que l'un des cohéritiers s'en rendait acquéreur entièrement, en payant leur part aux autres copropriétaires.

Pour la licitation, contrairement à ce qui s'était passé pour le partage en nature, la réforme commença en matière fiscale et non pas en droit civil.

Le seigneur percevait des droits assez élevés (notamment le laudemium, lods et ventes) sur toute aliénation de fief ou de tenure faite par le vassal. Ce droit n'était pas perçu au cas de partage en nature quand chacun des copartageants recevait dans son lot une portion du fief égale à celle attribuée à chacun des autres copropriétaires, car ainsi que le disait Guy Pape : « *Non enim ex toli divisione mutatur dominium sed suum quisque recipit* (Quæst. 48 in fine et consil. 46).

Or lorsque l'un des copartageants recevait plus que sa part et indemnisait les autres au moyen d'une soulte, ou lorsque l'immeuble était adjugé en entier à l'un d'eux, on le considérait comme ayant acquis des autres copartageants tout ce qui excédait sa part primitive, et on lui faisait payer les droits des lods et ventes sur cet excédent.

Il en fut ainsi dans toute la première moitié du xvi<sup>e</sup> siècle.

Mais Dumoulin enseigna que l'on devait considé-

rer moins l'acte en lui-même que l'intention des parties, et que par suite même pour les parts acquises supérieures à la part primitive les droits des lods et ventes n'étaient pas dus lorsque les cohéritiers avaient eu principalement l'intention de partager les biens indivis (1).

Dumoulin décidait donc que les droits des lods et ventes n'étaient pas dus pour le cas de licitation lorsque l'un des cohéritiers était seul adjudicataire (2), mais à la condition que les étrangers n'eussent pas été admis à enchérir : le fait que des étrangers aient pu mettre des enchères enlevait à la licitation le caractère d'incident du partage, et en faisait une véritable vente.

Dumoulin, du reste, abandonna cette distinction et reconnut que peu importait que *extraneus licitator* eût été admis, pourvu qu'il ne fût pas adjudicataire, *quia victus fuit et repulsus* ; dans ce cas les

---

1. On peut remarquer une certaine contradiction dans les idées émises par Dumoulin. Nous avons vu page 15 note 1 que Dumoulin combattit l'effet déclaratif du partage en matière d'hypothèque. Or en soutenant que les lods et ventes ne doivent pas être perçus au cas de licitation ou de partage avec soulte Dumoulin donnait précisément des armes au système qui triompha après sa mort et qui admit l'effet déclaratif du partage.

2. Dumoulin déclarait que la licitation à laquelle il était procédé était, comme le partage, une « aliénation nécessaire » : « *Illa assignatio, dit-il, inapit et dependet a causa necessaria divisionis.* »

droits seigneuriaux n'étaient pas dus par l'héritier adjudicataire (Sur la *Coutume de Paris*, titr. des *Censives*, § 58, n° 157).

C'est cette doctrine qui fut admise par la Coutume de Paris de 1580 qui déclare dans son article 80 :

« Si l'héritage ne se peut partir entre cohéritiers, et se licite par justice sans fraude, ne sont dues aucunes ventes pour l'adjudication faite à l'un d'eux ; mais s'il est adjugé à un étranger l'acquéreur doit vente (1). »

Ainsi au point de vue des droits féodaux dès le xvi<sup>e</sup> siècle, la licitation tranchée au profit d'un cohéritier était assimilée au partage.

Cette assimilation admise dans la législation fiscale fut cependant assez difficilement étendue au droit civil.

Toutefois la jurisprudence développa ce principe nouveau, et bien que la coutume n'ait rien dit expressément à ce sujet, il fut jugé que la licitation tranchée au profit d'un cohéritier produisait l'effet déclaratif du partage.

Cette jurisprudence était définitivement fixée dans la première partie du xviii<sup>e</sup> siècle (2).

---

1. Ce texte fut admis pour coutume nouvelle. Ses dispositions étaient contraires à l'opinion de beaucoup d'auteurs du xvi<sup>e</sup> siècle : Bacquet, Traqueau, Fabre. Voir les citations dans Brodeau. *Coutume de Paris*, art. 80, n° 6. — Voir dans le sens de la nouvelle doctrine un arrêt du 3 mars 1587.

2. Arrêts du 9 mars 1722, du 3 mars 1743 et du 20 juin

Depuis, cette jurisprudence n'a pas varié et a reçu une consécration définitive dans l'article 883 du Code civil qui assimile au partage la licitation tranchée au profit d'un cohéritier.

L'article 883 du Code civil paraît n'envisager que le cas d'indivision entre cohéritiers d'une même personne, mais il est unanimement admis aujourd'hui en doctrine comme en jurisprudence que l'on ne doit pas interpréter cet article d'une façon restrictive, mais que l'on doit au contraire en étendre les dispositions à la licitation d'un immeuble indivis quelle que soit la cause de cette indivision.

C'est ainsi que l'effet déclaratif de l'article 883 s'applique à la licitation d'un immeuble légué conjointement à plusieurs personnes et adjugé à l'un des colégataires.

Il en est de même de la licitation d'un immeuble de communauté tranchée au profit de l'un des époux. Cette solution résulte des dispositions de l'article 1476 du Code civil qui rend applicable au partage de la communauté entre époux les règles établies au titre des successions pour les partages entre cohéritiers.

---

1761 (comp. Lebrun et Espiard son annotateur, liv. IV, chap. 1, n° 35). — Pothier, *Traité des fiefs* 1<sup>re</sup> part., chap. V, § 3 et *Traité de la vente*, n°s 639-640. — Championnière. *Revue de législation*, 1838, t. VIII, p. 161 et suiv. — Demolombe. *Traité des successions*, t. V, p. 288, n° 259.

L'article 1872 du même Code stipule également que les règles concernant le partage des successions s'appliquent au partage entre associés. Par suite si c'est l'un des associés qui se rend adjudicataire de l'immeuble de la société, l'effet déclaratif de l'article 883 s'applique à cette adjudication.

Ainsi, quelle que soit la source de l'indivision, lorsque l'adjudicataire sur licitation de l'immeuble indivis est un des communistes, l'effet déclaratif de l'article 883 se produit.

Il est admis aujourd'hui par la grande majorité de la jurisprudence qu'il en serait de même si plusieurs des communistes se rendaient conjointement adjudicataires de l'immeuble indivis (1).

Ainsi dans notre droit les effets de la licitation d'un immeuble indivis tranchée au profit d'un communiste sont identiques à ceux du partage. On dit dans ce cas que la licitation vaut partage.

Ce sont donc tous les effets que produit le partage qu'il faut appliquer à la licitation tranchée au profit d'un communiste.

Nous avons vu que la licitation au lieu d'être translatrice de propriété en sorte que l'adjudicataire serait

---

1. Bordeaux, 24 décembre 1889. D. 90. 2. 182; S. 91. 1. 210.  
— Besançon, 23 décembre 1891. D. 92. 2. 289; S. 92. 2. 258. —  
Cass., 21 mai 1895. D. 96. 1. 9. — Cass., 24 juin 1895. S.  
96. 1. 481. — Nancy, 7 juillet 1896. D. 97. 2. 283; S. 97. 2. 123.

l'ayant cause de tous ses cohéritiers pour toute la portion qui excéderait sa part, est déclarative ou rétroactive, c'est-à-dire que l'adjudicataire est réputé tenir directement la chose du défunt ou de l'auteur commun. Par contre les autres communistes sont censés n'avoir jamais eu de droit sur l'immeuble licité. Par conséquent toutes les hypothèques et autres droits réels établis par ces derniers sur l'immeuble pendant la période d'indivision disparaissent rétroactivement et ne grèvent pas l'immeuble licité.

D'autre part le prix de l'adjudication est garanti non pas par le privilège de vendeur de l'article 2103 § 1 du Code civil, mais par le privilège de copartageant du paragraphe 3 du même article et de l'article 2109, et ces deux privilèges sont fort différents.

Pour se prévaloir de l'action en garantie l'adjudicataire doit se référer à l'article 884 du Code civil qui règle la garantie en matière de partage et non pas à l'article 1685 relatif à la vente.

La lésion donnant lieu à rescision de l'adjudication est celle du quart fixée par l'article 887 du Code civil, et non pas celle des sept douzièmes exigée par l'article 1674.

Si le cohéritier adjudicataire ne paie pas son prix, son adjudication n'est pas soumise à l'action résolutoire de l'article 1654 du Code civil, car cet article n'a été écrit que pour la vente et non pour le partage.

Mais alors les cohéritiers éprouvant une lésion, il peut y avoir lieu à rescision de l'adjudication pour lésion si cette lésion est supérieure au quart conformément à l'article 887 du Code civil.

Enfin de même que les actes de partage en nature les jugements d'adjudication ne sont pas soumis à la formalité de la transcription lorsque l'immeuble est adjugé à l'un des copropriétaires.

## CHAPITRE II

### De l'influence de l'attribution du prix

---

#### SECTION I

##### *Des droits du colicitant adjudicataire*

De tout ce qui précède il résulte que ce sont toutes les règles relatives au partage qui s'appliquent à cette adjudication tranchée au profit de l'un des colicitants.

Cependant il existe une différence fondamentale entre le partage en nature des immeubles indivis et la licitation de ces immeubles au profit d'un des communistes.

En effet au cas de partage en nature chacun des copropriétaires reçoit une portion de la masse indivise ; l'attribution qui est faite à l'un des copartageants d'une partie de l'immeuble est compensée

par l'attribution à chacun des autres copartageants d'autres biens indivis de valeurs égales. Mais chacune de ces attributions auxquelles s'applique l'effet déclaratif de l'article 883 a pour résultat de faire cesser définitivement l'indivision à l'égard de tous les copropriétaires.

Au contraire il n'en est pas ainsi de la licitation de l'immeuble commun impartageable en nature.

Dans ce cas en effet l'immeuble n'existe plus en nature dans la masse indivise dans laquelle il est représenté par le prix obtenu par son adjudication. Le copropriétaire auquel il a été adjugé est bien censé le tenir directement de l'auteur commun à tous les copartageants ; mais la licitation elle-même n'a eu pour résultat que de substituer une valeur essentiellement partageable à une autre valeur impartageable en nature.

Par conséquent le prix de la licitation fait l'objet d'attribution soit au profit de chacun des ayants droit, soit au profit de certains d'entre eux seulement. Il peut être attribué en entier à celui des copropriétaires auquel l'immeuble a été adjugé, mais il peut aussi faire l'objet d'attribution au profit de chacun des communistes dans des proportions égales ou inégales.

Il est donc intéressant d'étudier l'effet de l'attribution de ce prix, et d'examiner quelle influence elle

produit tant sur le caractère de l'adjudication que sur ses effets.

Tout d'abord, quant à l'héritier adjudicataire, l'attribution qui est faite du prix ne saurait en aucune façon modifier sa situation, tout au moins en ce qui concerne le droit civil.

Peu importe que dans le partage qui suit l'adjudication le prix ne soit attribué pour aucune fraction à l'acquéreur, ou ne lui soit attribué que pour une portion inférieure à sa part héréditaire.

Dans tous les cas cet héritier reçoit un immeuble absolument net de toutes charges réelles du chef de ses cohéritiers non adjudicataires. Il est censé tenir directement du défunt l'immeuble en entier, indépendamment de toutes questions d'attribution du prix.

Et ainsi que nous l'avons dit, la licitation valant partage, ce sont toutes les règles relatives au partage qui doivent s'appliquer.

Par conséquent, lorsqu'après la licitation il est procédé au partage du prix qui est attribué à certains des cohéritiers non adjudicataires de l'immeuble successoral, on ne saurait considérer ces derniers comme vendeurs de cet immeuble jusqu'à concurrence de ce qui excède leurs parts héréditaires. Et par suite l'action que ces cohéritiers attributaires du prix ont contre l'héritier auquel l'immeuble a été adjugé, pour le paiement du montant de leur attribution n'est pas garantie par le privilège du vendeur

établi par l'article 2183, § 1<sup>er</sup> du Code civil, mais par celui du copartageant du paragraphe 3 du même article et de l'article 2109 du même Code.

Ce privilège du copartageant qui garantit dans la mesure du possible la part des héritiers auxquels les immeubles successoraux n'ont pas été attribués ou adjugés, doit être pris dans le délai de quarante-cinq jours pour la conservation du droit de suite, et dans celui de soixante jours pour la conservation du droit de préférence, à compter du jour de l'adjudication sur licitation (art. 2109 du C. civ. et loi du 23 mars 1855). Et lorsqu'il est inscrit dans ce délai ce privilège rétroagit au jour même de la naissance de l'indivision. En effet il serait insuffisant de faire remonter les effets de ce privilège au jour de la licitation, car il serait primé par les hypothèses constituées avant cette date par l'héritier adjudicataire. Aussi, par suite de la rétroactivité de ce privilège, au jour de la naissance de l'indivision, il prime les hypothèques inscrites du chef de l'héritier adjudicataire antérieurement à la licitation (1).

---

1. Cass. 29 mars 1892 (S. et P. 1896.1.497, *ad notam* et la note de M. Tissier). — Thezard. *Du nantiss. des priv. et hyp.*, n° 311. — Baudry-Lacantinerie et Wahl. *Tr. des succ.*, 2<sup>e</sup> édit., t. III, n° 3334. — Huc. *Comment. du C. civ.*, t. XIII, n° 155. — V. cep. Laurent, *Princip. de dr. civ.*, t. 30, n°s 92 et s. et les conclusions de M. le substitut Bronchot sous Trib. de la Seine, 12 avril 1904. *Gaz. du Palais*, 1904.1.671 et suiv.

## SECTION II

### *Caractère de la portion du prix attribuée aux colicitants non adjudicataires*

Mais si l'effet déclaratif de la licitation s'applique rigoureusement dans les rapports qui existent entre les copartageants, doit-il en outre être étendu aux rapports qui existent entre chaque copartageant et les tiers qui ont pu contracter avec chacun d'eux individuellement et qui, par suite, se trouvent être les ayants cause de l'un des copropriétaires sans avoir jamais été en relation avec les autres communistes ?

En un mot, l'effet déclaratif de la licitation est-il absolu ou simplement relatif ?

La question présente un intérêt pratique considérable et mérite qu'on s'y arrête un instant.

Pour plus de clarté, supposons une succession purement immobilière se composant uniquement d'un immeuble appartenant indivisément à deux cohéritiers.

Si le partage avait eu lieu en nature, chacun des cohéritiers aurait eu la moitié de l'immeuble et aucune complication ne serait venue modifier la situation respective des copartageants.

Mais l'immeuble étant impartageable en nature a été licité et adjugé à l'un des cohéritiers.

Par suite, pour remplir l'autre héritier de ses droits, il lui a été attribué dans la liquidation la moitié du prix.

Or la situation des copartageants n'est plus la même que lors d'un partage en nature.

En effet, par suite de la licitation, l'un des héritiers a dans son lot l'immeuble lui-même, tandis que l'autre cohéritier a la moitié du prix de l'adjudication qui lui est attribué dans le partage, c'est-à-dire une valeur essentiellement mobilière.

Il importe donc de rechercher, au cas où l'héritier attributaire de la moitié du prix de la licitation est marié sous le régime de la communauté légale, quel est le caractère du montant de l'attribution qui lui est faite.

En effet les meubles qui adviennent pendant le mariage à titre de succession aux époux qui ont adopté ce régime tombent dans la communauté, tandis qu'au contraire les immeubles qui leur adviennent au même titre leur restent propres (art. 1401 et 1402 C. civ.).

Lors de l'ouverture de la succession, chacun des cohéritiers pouvait considérer la part qui lui reviendrait dans la succession comme propre puisque la masse indivise consistait uniquement en immeubles.

Mais cet immeuble ayant été adjugé sur licitation

à l'un des cohéritiers, celui-ci en vertu de l'article 883 est censé tenir directement du défunt l'immeuble tout entier, sans qu'il y ait lieu de considérer que l'héritier adjudicataire n'avait droit qu'à la moitié de la succession.

Par suite la succession qui était purement immobilière au début, semble avoir changé de caractère, puisque l'un des héritiers est censé avoir toujours été propriétaire de l'immeuble qui en dépend à l'exclusion de l'autre cohéritier, tandis que ce dernier ne recueille dans la succession qu'une créance contre l'adjudicataire, valeur essentiellement mobilière, et est réputé n'avoir jamais eu aucun droit sur l'immeuble licité.

C'est alors que se pose la question de savoir si la portion du prix d'adjudication qui est attribuée à l'héritier non adjudicataire tombe en communauté irrévocablement, ou si, au contraire, elle ne tombe dans la communauté que sauf récompense.

Au premier abord si l'on se contentait d'étudier superficiellement le caractère de l'attribution qui est faite à l'héritier non adjudicataire, on pourrait croire que la question est très simple, et que cet héritier étant attributaire d'une chose mobilière reçoit une valeur qui tombe irrévocablement en communauté.

Du reste certains auteurs n'ont pas manqué de soutenir cette opinion ; c'est ainsi que Bourjon, qui se basant sur ce que le partage est déclaratif

enseignait que : « dans l'un et l'autre cas il faut, à l'égard de la communauté, s'en tenir aux opérations du partage à moins que la fraude fût évidente ; autrement, disait-il, ce serait enter contestation sur contestation, et en faire renaître une que toute une famille a voulu éteindre par son concours ». Et il décidait que de même que tous les immeubles échus à l'un des époux lui restent propres, de même tous les meubles à lui échus doivent tomber dans la communauté sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les meubles héréditaires provenant de la succession elle-même et la soulte ou le prix de la licitation qui serait payé à l'époux par son cohéritier de ses propres deniers. (*Le droit comm. de la France*, deuxième partie de la communauté, chap. IV, section IV, distinct. III, n<sup>os</sup> 66-69.)

A côté de cette première opinion, et en contradiction complète avec elle, il en est une autre qui soutient que la fiction de l'effet déclaratif du partage n'a été établie que dans le but de régler les relations des cohéritiers entre eux et avec les ayants cause de chacun d'eux. Par conséquent puisqu'il s'agit ici de régler les rapports d'un cohéritier avec un de ses ayants cause personnel, la communauté conjugale, il ne saurait être question d'appliquer ici les dispositions de l'article 883.

D'autre part les auteurs qui soutiennent cette opinion déclarent que faire tomber irrévocablement en

communauté la portion du prix de la licitation attribuée à l'époux copropriétaire de l'immeuble serait se mettre en contradiction absolue avec l'esprit même de l'article 1096 du Code civil qui défend les avantages irrévocables entre époux pendant le mariage, et avec celui de l'article 1437 qui, précisément pour sanctionner la prohibition par lui édictée dans l'article 1096, a établi la théorie des récompenses entre époux.

Ainsi les partisans de cette théorie décidaient que pour savoir quelle est la portion d'une succession échue pour partie à l'un des époux, qui tombe définitivement en communauté, il faut se placer au jour de l'ouverture de la succession et non pas à celui du partage (Lebrun. *De la Communauté*, livre I, chapitre V, section II distinct n<sup>os</sup> 40-43 et 78-80. Valin, sur la *Coutume de La Rochelle*, art. 48, § 2, n<sup>o</sup> 7). Et tirant de ce principe une solution rigoureuse, ces auteurs soutenaient qu'il en était ainsi, au cas de partage en nature dans lequel les lots de chaque partie étaient rigoureusement égaux et composés avec des biens héréditaires, aussi bien qu'au cas de partage avec soulte en ce qui concerne la soulte, et au cas de licitation en ce qui concerne la portion du prix attribuée aux héritiers non adjudicataires.

Enfin entre les deux systèmes absolus que nous venons d'exposer, il en existe un troisième, soutenu par Demolombe, qui solutionne la question par une

distinction. C'est à cette dernière théorie que nous allons nous rallier.

Pour Demolombe s'agit-il d'un partage en nature, les droits de la communauté sont réglés par l'issue du partage.

Au contraire s'agit-il d'une soulte de partage ou d'un prix de licitation d'un immeuble héréditaire « cette soulte ou ce prix représente l'immeuble lui-même pour le règlement des droits respectifs de l'époux et de la communauté ».

Et, partant de ces principes, Demolombe combat les deux opinions précédentes :

« Est-ce qu'en effet, dit-il, l'article 1558 ne prouve  
« pas contre le premier système que l'article 883 n'est  
« pas toujours applicable en matière de convention  
« matrimoniale lorsqu'il dispose que la part du prix  
« revenant à la femme dans la licitation de l'immeu-  
« ble dotal indivis avec des tiers sera dotale, et qu'il  
« en sera fait emploi comme tel au profit de la  
« femme.

« Et, contre le second système, l'article 1408 ne  
« prouve-t-il pas à son tour que l'article 883 est  
« applicable entre l'époux et la communauté, lorsqu'il  
« dispose que l'acquisition faite pendant le mariage  
« à titre de licitation ou autrement de portion d'im-  
« meuble, dont l'un des époux était propriétaire par  
« indivis, ne forme point un conquêt ? »

C'était, du reste, l'opinion jadis soutenue par Pathier

qui combattit à la fois Boujon et Lebrun (*de la Communauté*, part. I, chap. II, n° 100 et part. IV, chap. I, n°s 629 et 630 ). « Le retour de lot, disait-il, n'est pas « un simple effet mobilier de la succession auquel on « puisse dire que l'époux ait succédé. »

Cette solution est très logique et absolument conforme tant à l'esprit général du droit qu'aux textes mêmes du Code civil.

Toutefois il faut bien remarquer qu'il ne faut pas fonder la théorie à laquelle nous nous sommes rallié sur ce fait que l'attribution pourrait dans certaines circonstances faciliter entre époux les donations irrévocables que les articles 1091 et 1437 ont précisément pour but de prohiber.

Il est certain, il est vrai, que les époux qui ont l'intention de se faire des donations irrévocables que la loi a voulu rendre impossibles, trouvent dans le principe que nous avons admis, un moyen commode pour tourner les prohibitions de la loi. En effet, suivant que l'on attribue à l'héritier une plus ou moins grande quantité de meubles, la communauté deviendra plus ou moins riche, et par suite l'époux de cet héritier tirera plus ou moins de profit de cette attribution.

Mais s'il en est ainsi au cas de partage en nature sans soulte, c'est que l'article 883 s'applique rigoureusement. En effet, cet article est absolu : « Chaque héritier, dit-il, est censé avoir succédé seul et immé-

diatement à tous les effets mis dans son lot ou à lui échus sur licitation. » Si donc on a mis dans le lot de l'un des héritiers une plus grande quantité de meubles qu'il ne devait lui en revenir selon sa vocation héréditaire, et si la communauté et par conséquent l'époux de cet héritier ont tiré un avantage de cette attribution, il ne faut pas dire, en principe tout au moins, que cette attribution est contraire aux articles 1096 et 1437, car dans ce cas il n'y a là qu'une application absolument logique des dispositions de l'article 883 (1).

Or la situation n'est plus la même, si au lieu d'un partage, en nature pure et simple, il s'agit d'une soulte de partage ou du prix d'une licitation tranchée au profit d'un cohéritier.

Il faut, en effet, pour que l'article 883 s'applique rigoureusement, que les attributions qui sont faites aux différents cohéritiers, consistent en valeurs héréditaires ; il faut qu'à l'attribution de certaines valeurs successorales faites à l'un des héritiers corresponde l'attribution d'autres valeurs héréditaires aux autres copartageants. Mais dans tous les cas,

---

1. Cependant s'il y avait fraude, et si les lots avaient été établis uniquement dans le but de faire à un époux une donation, le partage pourra être annulé. Mais il faudrait que le demandeur en nullité établisse la fraude, et cette preuve ne sera pas toujours facile.

qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, il faut qu'il s'agisse de biens héréditaires.

Mais il est évident que lorsque, pour compenser des lots de valeurs inégales, on a imposé à l'héritier attributaire du plus fort lot le paiement d'une soulte au profit de son cohéritier qui a reçu un lot de valeur moindre, ou lorsque dans une succession purement immobilière l'immeuble commun est adjugé à l'un des cohéritiers et que les autres héritiers sont simplement attributaires d'une portion de ce prix, on ne saurait reconnaître la qualité de valeurs héréditaires ni à la soulte du partage, ni au prix de la licitation.

Pour ne considérer que le cas qui nous intéresse, c'est-à-dire le prix de la licitation, il est évident que l'effet déclaratif s'applique bien à l'adjudication qui est prononcée au profit de l'héritier, mais il est absolument étranger à l'attribution du prix aux cohéritiers non adjudicataires. Cette valeur n'a jamais existé dans la masse héréditaire, qui comprenait avant la licitation un immeuble. Après l'adjudication, l'un des héritiers est censé avoir toujours été propriétaire de cet immeuble, et ses cohéritiers ne recueillant absolument aucun des biens héréditaires n'ont qu'une créance contre leur cohéritier pour le montant de la portion du prix qui leur a été attribuée.

Cette créance, il est vrai, est bien une valeur essentiellement mobilière, mais elle n'existe au profit d'un cohéritier marié sous le régime de la commu-

nauté légale qu'en raison de l'immeuble qui composait la masse indivise. Par conséquent, ainsi que le disait Pathier, « elle lui est parvenue durant le mariage du droit qu'il avait à une succession immobilière, et par conséquent d'un droit immobilier ».

Ainsi l'effet déclaratif ne s'appliquant pas à l'attribution du prix de la licitation de l'immeuble au profit des héritiers non adjudicataires, ces derniers ne peuvent être considérés comme ayant recueilli dans la succession une valeur mobilière. Leurs droits doivent donc être fixés au jour de l'ouverture de la succession, et comme celle-ci était purement immobilière, la part de la succession qui reviendra à l'héritier marié sous le régime de la communauté lui restera propre (1). Ainsi, d'après MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl : « c'est une créance mobilière qui reste propre parce qu'elle provient de droits immobiliers qui eux-mêmes étaient des propres ».

---

1. Req. 11 décembre 1850. S. 51. 1. 253 ; D. 51. 1. 287 ; — Douai, 7 mai 1849. S. 50. 2. 180. D. 52. 2. 114 ; — Caen. 18 août 1880. S. 81. 2. 113. — Comp. Rennes, 31 juillet 1811. En sens contraire Planiol. *Traité élém. de dr., civ.* 2<sup>e</sup> édit. t. III, n<sup>os</sup> 2409 et 2410.

SECTION III

*Des droits des créanciers hypothécaires  
des colicitants non adjudicataires  
sur la portion du prix attribué à leur débiteur*

Une autre question qui est intimement liée à la précédente est celle de savoir quels sont les droits des créanciers hypothécaires de l'héritier non adjudicataire de l'immeuble indivis et inscrits sur cet immeuble sur la portion du prix de la licitation attribuée à leur débiteur.

Doit-on considérer la portion du prix d'adjudication revenant à l'héritier qui a constitué une hypothèque sur l'immeuble indivis adjugé à un autre cohéritier, comme représentative entre ses créanciers de son droit dans l'immeuble, et en conséquence le montant de cette attribution doit-il être assigné aux créanciers hypothécaires par préférence aux créanciers chirographaires de l'héritier constituant.

L'affirmative a été enseignée par plusieurs auteurs, et adoptée par divers arrêts.

La plupart des auteurs qui se rallient à cette opinion prétendent que l'article 883 règle les rapports des cohéritiers entre eux, et non pas ceux qui existent entre chaque cohéritier et ses ayants cause.

« Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que si,  
« dans l'intérêt des divers cohéritiers, les hypothè-  
« ques constituées par l'un d'eux sur un immeuble  
« héréditaire adjugé à un autre par suite de licitation  
« s'évanouit toujours quant au droit de suite et  
« devient même inefficace en ce qui concerne le droit  
« de préférence dans le cas où la totalité du prix  
« d'adjudication est attribuée à un ou plusieurs des  
« cohéritiers du constituant, on ne verrait pas pour-  
« quoi dans l'hypothèse contraire le droit de préf-  
« rence ne continuerait pas de subsister sur la portion  
« du prix assignée à ce dernier, puisque d'une part  
« l'intérêt de ses cohéritiers ne se trouve plus enga-  
« gée dans la question, et que, d'autre part, le droit  
« de préférence n'est pas si intimement lié au droit  
« de suite qu'il ne puisse jamais lui survivre (1). »

L'opinion contraire est cependant plus générale-  
ment admise, elle nous paraît aussi beaucoup plus  
rationnelle et plus juridique.

Dans certaines circonstances, il est vrai, le droit  
de préférence survit au droit de suite. L'hypothèque  
perd ainsi une partie des avantages qu'elle procure

---

1. Aubry et Rau, t. VI, § 625, p. 563 *ad notam*. — Proudhon.  
*De l'usufruit*, V, 2392. — Rodière. *Revue de législation*, 1852.  
XXVII, p. 309. — Duquaire. *Revue critique*, 1853, III, p. 806. —  
Aix, 23 janvier 1835. S. 35, § 2, 267. — En sens contraire  
Demolombe, 17, n° 320. — Cpr. aussi Caen, 15 février 1837,  
S. 38. 2. 154.

au créancier qui en profite, mais même ainsi diminuée, elle assure encore à celui qui en bénéficie une garantie suffisante pour le recouvrement de sa créance.

C'est ce qui se produit par exemple en ce qui concerne le créancier hypothécaire que le conservateur des hypothèques a omis de faire figurer dans l'état qu'il a délivré (art. 2198), ou qui est inscrit sur un immeuble exproprié pour cause d'utilité publique (dans ce dernier cas en effet on ne peut pas dire que les hypothèques ont le droit de suite puisqu'il n'y a pas de surenchère possible ; le droit de suite est incompatible avec le but de l'opération).

Il en est de même des hypothèques légales occultes au cas de saisies immobilières (art. 717, C. pr. civ. modifié par la loi du 21 mai 1838). Bien que ces hypothèques ne soient pas inscrites, les créanciers auxquels elles profitent peuvent produire dans la procédure d'ordre, et obtenir collocation. D'autre part, lorsque l'acquéreur d'un immeuble remplit les formalités légales, et que personne ne prend inscription, les femmes, les mineurs et les interdits qui auraient pu faire inscrire leurs hypothèques ont perdu leur droit de suite, mais ils conservent leur droit de préférence pourvu qu'un ordre soit ouvert dans les trois mois qui suivent l'expiration du délai de deux mois établi par l'article 2195 du Code civil (art. 772, C. pr. civ.)

Mais dans tous les cas que nous venons de citer, comme dans tous ceux où le droit de préférence de l'hypothèque survit au droit de suite, on peut remarquer que l'hypothèque n'est pas anéantie rétroactivement. Il est simplement survenu un événement qui rend impossible l'exercice du droit de suite, mais non pas celui du droit de préférence, qui par suite continue à subsister (1).

Or, dans l'hypothèse que nous examinons, adjudication d'un immeuble indivis au profit d'un colicitant, il n'en est pas ainsi.

Il ne s'agit pas d'un événement postérieur à la constitution de l'hypothèque qui fait cesser l'exercice du droit de suite, tout en maintenant le droit de préférence, mais il s'agit bien de la résolution rétroactive des hypothèques elles-mêmes constituées par les cohéritiers non adjudicataires. Ce n'est plus une des qualités de l'hypothèque qui lui est enlevée, mais c'est l'hypothèque elle-même qui est détruite rétroactivement.

En effet, il est de principe certain que l'on ne peut consentir d'hypothèque valable que sur les biens dont on est propriétaire.

Or, par suite de l'application de l'article 883 du

---

1. On pourrait encore citer d'autres cas de survie du droit de préférence sur le droit de suite. Voir Planiol. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, p. 1000 et suiv.

Code civil, l'héritier qui a constitué une hypothèque sur l'immeuble héréditaire adjugé à un autre colicitant est censé n'avoir jamais eu aucun droit sur cet immeuble. Par conséquent, cette hypothèque n'est pas valable. Elle ne grève évidemment pas l'immeuble, elle ne frappe pas davantage le prix attribué au constituant. Cette hypothèque manque, en effet, de bases solides sur lesquelles elle pourrait se fonder. Le débiteur étant censé n'avoir jamais été propriétaire de l'immeuble ne peut pas avoir constitué des hypothèques valables le grevant.

Au surplus, aux termes de l'article 2115 du Code civil, ceux qui n'ont sur un immeuble qu'un droit suspendu par une condition ou résoluble dans certains cas ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions.

Or l'héritier constituant n'avait sur l'immeuble pendant la période d'indivision qu'un droit résoluble. Et, par suite de l'adjudication de l'immeuble à l'autre cohéritier, son droit s'est, en effet, trouvé résolu.

Donc, l'hypothèque qu'il avait constituée sur l'immeuble s'est trouvée du même coup anéantie rétroactivement.

Et que l'on ne vienne pas nous objecter que cette solution est illogique, puisque nous avons admis précédemment que le prix de la licitation devait être considéré comme la représentation d'un droit immo-

bilier en ce qui concerne le règlement des droits des époux ou de deux légataires, l'un des meubles, l'autre des immeubles. En effet, on ne saurait assimiler les droits des époux ou des légataires à ceux des créanciers hypothécaires de l'un des héritiers. D'une part, la solution que nous avons adoptée en ce qui concerne l'époux et le légataire, résulte de l'intention probable des parties, qui ont voulu maintenir entre elles les droits tels qu'ils existaient au jour de la naissance de l'indivision. D'autre part, l'attribution du prix n'étant pas déclarative, rien ne s'oppose à leur égard à ce que l'on considère comme immobilière la portion du prix qui leur est attribuée. Au contraire, en ce qui concerne les créanciers hypothécaires, il y a une impossibilité absolue à ce qu'on leur maintienne leur droit de préférence, puisque le droit de propriété du débiteur, sur un immeuble — base essentielle de l'hypothèque — fait précisément défaut.

Par conséquent sur la portion du prix d'adjudication attribuée dans le partage à l'héritier constituant, les créanciers hypothécaires de ce dernier inscrits sur l'immeuble licité concourront purement et simplement avec les créanciers chirographaires, et ne pourront prétendre à être colloqués au rang de leur inscription par préférence aux autres créanciers de leur débiteur.

C'est du reste la solution qu'a adoptée la jurispru-

dence, qui a décidé : « que le copartageant non adjudicataire d'un immeuble licité étant réputé n'avoir jamais été propriétaire dudit immeuble, l'hypothèque par lui consentie pendant l'indivision sur ledit immeuble reste sans valeur et sans effet comme ayant été consentie sans qualité » (1). Et en conséquence il a été jugé que les créanciers chirographaires étaient en droit de s'opposer à ce que le prix de la cession de ses droits dans la succession consentie par l'héritier débiteur à l'un de ses copartageants fût attribué par préférence aux créanciers hypothécaires de leur débiteur (2).

#### SECTION IV

##### *De l'intérêt de l'attribution du prix au point de vue de la législation fiscale*

Nous avons vu précédemment que dans notre ancien droit, au cas de licitation d'un immeuble indivis au profit d'un communiste, c'était du reste par là que la réforme avait commencé, les droits féodaux, notamment les lods et ventes, perçus lors des aliénations translatives de propriété, n'étaient pas prélevés.

---

1. Cass., 16 avril 1888. *J. N.*, n° 24019.

2. Cass. req., 6 février 1901. *S.* 1902. 1. 436.

Il existait donc alors une identité parfaite entre le droit civil et le droit fiscal, qui tous les deux reconnaissaient un caractère déclaratif de propriété à la licitation tranchée au profit de l'un des cohéritiers.

Cette jurisprudence était fort logique. En effet puisqu'il était admis que la licitation avait tous les caractères du partage, on ne devait percevoir à l'occasion de cette licitation que les droits relatifs au partage, sans avoir à considérer si le prix d'adjudication était attribué en totalité ou seulement en partie à l'héritier adjudicataire.

Le droit fiscal moderne, plus rigoureux que celui de l'ancien régime, ne l'entend pas ainsi.

La loi du 22 frimaire an VII déclare dans son article 68 § 2 que sont soumis au droit fixe de 3 francs « les partages de biens meubles et immeubles entre copropriétaires à quelque titre que ce soit, pourvu qu'il soit justifié. S'il y a retour, le droit sur ce qui en sera l'objet sera perçu aux taux réglés pour les ventes ». Ce droit fixe fut porté à 5 francs en 1816. La loi du 28 février 1872 (art. 1 et 2) le remplaça par un droit gradué, qui lui-même a été remplacé en 1893 par un droit proportionnel relativement assez peu élevé, et qui est de 0 fr. 20 0/0 sur l'actif net à liquider.

Et conformément à ce principe que toute la portion d'un immeuble qui excède la part de l'héritier adjudicataire doit être soumise aux droits fiscaux rela-

tifs aux droits, la loi de frimaire frappait du droit de 4 0/0 applicable aux ventes, « les parts et portion indivises de biens immeubles acquises par licitation (art. 69, § 5-6° et § 7-4°).

Ainsi alors qu'en droit civil la licitation est déclarative pour le tout, sans que l'on ait à examiner le sort du prix d'adjudication, au point de vue du droit fiscal elle ne produit les effets du partage que pour la portion du prix qui est attribuée à l'héritier adjudicataire, ou même seulement pour la portion du prix qui représente la part virile de cet héritier dans l'immeuble licité.

Et l'on voit que la différence est très grande puisque si la licitation valait partage pour le tout l'héritier adjudicataire ne paierait qu'un droit de 0, 20 0/0 tandis qu'il est tenu de payer un droit de 4 0/0 sur tout ce qu'on appelle les parts acquises ; elle était encore plus sensible lorsque les partages étaient soumis simplement au droit fixe.

Mais comment déterminer ces parts acquises, soumises au droit proportionnel de mutation ?

D'ordinaire on dit qu'une personne a acquis quelque chose, lorsqu'elle a mis dans son patrimoine un bien sur lequel elle n'avait alors aucun droit.

Par conséquent puisque dès l'ouverture de la succession l'héritier adjudicataire de l'immeuble avait des droits sur les biens indivis proportionnellement à sa vocation héréditaire, on ne devrait dire que cet

héritier a acquis une portion de l'immeuble qui lui est adjugé qu'autant que cet immeuble a une valeur supérieure à sa part dans l'ensemble de la succession.

En effet dans ce cas seulement on peut dire que l'héritier auquel l'immeuble a été adjugé a véritablement acquis quelque chose.

Mais précisément la difficulté consiste à déterminer quelle est la portion de l'immeuble qui a été acquise.

Une fois que la liquidation a été dressée il est facile de savoir quelle est pour l'héritier adjudicataire la part dans l'immeuble qui a été acquise par lui.

En effet le partage s'opère d'une façon très simple : le notaire liquidateur attribue à l'héritier, auquel l'immeuble a été adjugé, le prix de la licitation jusqu'à concurrence de sa part, et remplit les autres héritiers de leurs droits par l'attribution d'autres valeurs et par l'attribution du reliquat du prix de l'immeuble licité s'il en est un.

Par conséquent la part acquise par l'héritier adjudicataire, c'est toute la portion du prix de la licitation qui ne lui est pas attribuée dans le partage. Et c'est donc seulement cette portion du prix qui doit être assujettie au droit proportionnel de mutation.

Cette solution est du reste logique et très équitable. En effet lors du décès chaque héritier a payé le droit proportionnel de mutation (droit de succession) sur sa part dans la succession par suite de la

dévolution de propriété qui s'est alors opérée. Mais le partage n'étant pas translatif de propriété, aucun autre droit de mutation ne doit être perçu sur les biens mis dans le lot de chacun des copartageants, sauf sur les parts acquises, sinon il se trouverait que les mêmes biens seraient frappés successivement de deux droits de mutation.

Il faut donc que lors de l'enregistrement du jugement d'adjudication on connaisse les parts acquises dans l'immeuble par l'héritier adjudicataire.

Or ce jugement doit être enregistré dans les vingt jours de sa date ; il faut donc que dans ce délai le partage soit dressé pour être présenté à l'enregistrement avec le jugement d'adjudication, afin que les deux actes ne fassent qu'un seul et même tout.

Au contraire si le partage n'est pas dressé lors de l'enregistrement du jugement, on ne peut pas connaître quelle est la part de l'héritier adjudicataire dans l'ensemble de la succession, et par suite on ne peut pas savoir si la valeur de l'immeuble dont cet héritier s'est rendu adjudicataire excède ou non la part à laquelle il a droit dans la masse indivise.

Dans ce cas l'administration de l'enregistrement, approuvée par la jurisprudence de la Cour de cassation, émet la prétention de faire payer à l'héritier adjudicataire le droit proportionnel de mutation

sur tout ce qui excède sa part dans l'immeuble licité.

Et l'administration de l'enregistrement soutient qu'il en serait de même, bien qu'un acte de partage fût produit lors de l'enregistrement du jugement, si ce partage est contesté par certains des cohéritiers ou même, indépendamment de toute contestation, s'il n'est pas homologué alors que l'homologation est nécessaire.

C'est du reste la doctrine que la Cour de cassation a consacrée dans son arrêt rendu toutes Chambres réunies le 12 mai 1870 (D. 70. 1. 225) (1).

Et la Cour suprême, se basant sur les termes de l'article 60 de la loi du 22 frimaire an VII, d'après lesquels tout droit d'enregistrement régulièrement perçu ne peut être restitué quels que soient les événements postérieurs, conclut que le droit de mutation perçu sur la différence entre la part virile de l'héritier adjudicateur dans l'immeuble et le montant total du prix d'adjudicataire ne doit pas être restitué, alors qu'il serait ensuite prouvé par la production de l'acte de partage que le prix de l'adjudication n'excède pas la part de cet héritier dans

---

1. En ce sens : Cass. civ., 20 décembre 1869. D. 70. 1. 183. — 30 mai 1866. D. P. 66. 1. 210. — Cass., 22 avril. 1850 D. P. 50. 1. 119. — Cas., 22 avril 1845. D. P. 45. 1. 257. — Cass., 22 juillet 1872, S. 72. 1. 248. — Cass. req., 7 mars 1893. S. 594. 1. 41.

l'ensemble de la succession et que le prix intégral a été attribué à l'héritier adjudicataire.

D'autre part, très souvent en raison de la complexité des biens à partager et des difficultés qui pourraient rendre impossible la réalisation du partage dans le délai de vingt jours, les héritiers procèdent à un partage partiel dans lequel naturellement est compris le prix de la licitation, qui fait l'objet d'attribution au profit de l'adjudicataire. Certaines valeurs seules sont maintenues dans l'indivision, et feront ultérieurement l'objet d'un partage complémentaire.

Dans ce cas le partage partiel auquel il est ainsi procédé est produit à l'enregistrement en même temps que le jugement d'adjudication. On connaît donc dès lors par l'examen de ce partage les parts acquises par l'adjudicataire, et par suite le receveur a tous les éléments qui lui sont nécessaires pour la perception des droits fiscaux.

Eh bien ! l'administration de l'enregistrement ne tient aucun compte de ce partage partiel, et la Cour de cassation partage sa manière de voir !

Ainsi que le déclare M. le Procureur général Paul Fabre dans ses conclusions, lors de l'arrêt de 1870 : « Le partage complet, définitif, embrassant tous les objets indivis et faisant à chacun sa part, produit seul cet effet légal, qu'un partage partiel ne saurait obtenir. »

Cette prétention de l'enregistrement, encouragée du reste par la Cour de cassation, est véritablement insoutenable.

En effet que le droit de mutation soit perçu s'il n'est produit aucun acte de partage, ou si cet acte est frappé de contestations qui en détruisent toute la valeur, rien de plus légal en présence des termes de la loi de frimaire, bien que cette solution nous paraisse un peu draconienne.

Mais que l'on vienne nous dire que le défaut d'homologation du partage, ou que le seul fait que le partage n'est que partiel, alors surtout qu'il est absolument régulier à tous égards, rend au point de vue fiscal ce partage inexistant ; c'est ce que nous nous refusons à admettre.

Le défaut d'homologation, dit la Cour de cassation, rend le partage purement provisionnel, par suite il porte simplement sur la jouissance de l'immeuble et non pas sur la propriété (1).

Et partant de ce principe elle déclare que l'homologation qui sera prononcée dans la suite ou la production de l'acte de partage qui comprendra la totalité de la succession sont de ces événements postérieurs à la licitation qui ne donnent pas lieu à la restitution des droits régulièrement perçus (art. 69 de la loi de frimaire).

---

1. Cass., 20 déc. 1869 précité.

Mais la question qui se pose est précisément de savoir si le droit de mutation a été régulièrement perçu.

Il a été produit lors de l'enregistrement un acte de partage non contesté établissant les droits de chacun des ayants droit. Par suite, à moins que la fraude résulte manifestement de l'acte lui-même, le receveur auquel il est présenté doit le tenir pour exact, et percevoir les droits en tenant compte de cet acte, car l'administration ne se fait pas juge des actes qui lui sont soumis.

Du reste si l'administration de l'enregistrement voulait être rigoureusement logique, ce n'est pas seulement l'homologation du partage qu'elle exigerait, mais bien la production des pièces constatant que le jugement qui l'a prononcée est passé en force de chose jugée, car c'est seulement alors que le partage est définitif. Mais elle a reculé devant cette prétention car « ce serait dire que jamais il n'y aurait à appliquer le bénéfice de l'atténuation du droit en matière de partage intéressant des mineurs ».

Mais en dehors de toute question de procédure, l'argument que l'on peut invoquer à l'encontre de la thèse de l'administration de l'enregistrement, découle de lui-même du caractère du partage.

Peut-on en effet considérer raisonnablement comme acquises les parts et portions qui excèdent les droits de l'héritier adjudicataire dans l'immeuble licité

lorsqu'il est prouvé, par la production même postérieure de l'acte de partage, que le prix de l'adjudication de cet immeuble est égal ou inférieur à la part de cet héritier dans l'ensemble de la succession.

Pour avoir acquis ces parts, il faudrait que cet héritier en ait déboursé la valeur, or le prix lui a été attribué en entier.

Et le partage produit lors de l'enregistrement, partage non homologué ou partiel, qui a été ensuite approuvé par justice, ou complété dans un acte postérieur, n'a pas créé à l'adjudicataire une situation nouvelle, il a consolidé ou plutôt précisé et déterminé ses droits qui existaient dès l'ouverture de la succession.

On ne peut donc pas dire que ce droit de mutation a été régulièrement perçu, car dès l'enregistrement du jugement, il était justifié, ainsi que l'exige la loi de frimaire, des droits de l'adjudicataire sur l'immeuble, et les actes qui sont survenus postérieurement confirmant simplement une situation qui existait déjà lors de l'enregistrement, ne peuvent être assimilés aux événements postérieurs à la perception des droits qui s'opposent à leur restitution.

Du reste la solution que nous avons adoptée est conforme aux intérêts bien entendu des mineurs et des incapables. La solution contraire, en occasionnant à l'adjudicataire des frais plus élevés, aura for-

cément pour résultat d'empêcher le cohéritier décidé à se rendre acquéreur de l'immeuble, de porter les enchères aussi hautes qu'il l'aurait fait si les droits d'enregistrement avaient été moindres.

M. le Procureur général Fabre reconnaît la portée de cette objection. Mais « le vrai remède, dit-il, est dans la modification de la loi ; il n'est que là ; et l'on y songe ».

Il est certain qu'une modification législative couperait court à toute difficulté sur la question ; mais nous ne pensons pas qu'elle soit nécessaire, sauf bien entendu pour le cas où aucun partage n'est dressé lors de l'enregistrement du jugement.

Nous disons que le droit de mutation ne doit pas être perçu, lorsque l'on produit lors de l'enregistrement du jugement d'adjudication un acte de partage non homologué ou partiel. Mais si cependant l'administration de l'enregistrement voulait continuer à percevoir ce droit, nous disons qu'il devrait être restitué, après l'homologation ou le partage complémentaire.



## DEUXIÈME PARTIE

### **Influence de l'attribution du prix sur la licitation tranchée au profit d'un tiers étranger à l'indivision**

---

#### CHAPITRE I

#### **Caractère de la licitation tranchée au profit d'un tiers**

---

##### SECTION I

##### *Doctrine*

L'effet déclaratif de l'article 883 du Code civil ne paraît s'appliquer qu'à l'adjudication d'un immeuble indivis prononcée au profit de l'un des cohéritiers, par suite lorsque c'est un tiers étranger à l'in-

division qui est déclaré adjudicataire, la licitation aurait tous les caractères d'une vente.

Tout d'abord il est incontestable, et certainement incontesté que, par rapport au tiers adjudicataire, la licitation est une vente. Par conséquent dans ses relations avec les vendeurs ce sont les règles relatives à la vente qui sont applicables.

Mais s'il en est ainsi par rapport au tiers adjudicataire, il est très contesté qu'entre les colicitants l'adjudication vaille vente.

Beaucoup d'auteurs tout en reconnaissant que l'adjudication est une vente dans les rapports qui existent entre l'acquéreur et les vendeurs, prétendent qu'à l'égard de ces derniers la licitation vaut partage, en sorte que les héritiers auxquels est attribué le prix de l'immeuble, sont censés en avoir toujours été propriétaires, à l'exclusion des autres cohéritiers.

C'est l'opinion qui a été soutenue par Mourlon d'après Valette, répétitions écrites, t. II, n<sup>os</sup> 484 et 485.

Mourlon, à défaut de textes pour établir sa thèse (l'article 883 paraît même lui être opposé), va chercher le fondement de sa doctrine dans l'esprit même de la loi.

Le législateur en effet, en établissant l'effet déclaratif du partage et toutes les règles relatives aux rapports, a eu surtout pour but de faire régner entre les

copartageants une égalité absolue, et d'éviter tout ce qui pourrait donner naissance à un recours d'héritier à héritier, et par conséquent entraîner des inimitiés dans les familles.

Or, si la licitation entre copartageants est une vente pure et simple, et si l'adjudicataire doit respecter toutes les charges qui ont été établies par les copropriétaires pendant la période d'indivision, il en résulte que certains des copartageants auxquels le prix d'adjudication est attribué, pourront être lésés, et pour obtenir la part entière qu'ils étaient en droit d'obtenir, et qui ne leur a pas été délivrée par suite de l'existence d'une hypothèque par exemple, ils seront dans l'obligation d'intenter une action contre celui des copartageants qui a établi ce droit réel au grand détriment de la bonne harmonie dans les familles. Même si le copartageant qui a constitué l'hypothèque sur l'immeuble est insolvable, les autres cohéritiers subiront un préjudice, que la loi cependant avait voulu éviter.

« Dès lors, ajoute Mourlon, quelle raison y a-t-il de distinguer entre le cas où l'adjudicataire est un étranger et celui où l'immeuble a été adjugé à l'un des héritiers ? Je sais bien qu'à l'égard de l'étranger adjudicataire, la licitation ne peut être considérée comme un partage, qu'elle n'est « quant à lui qu'une « véritable vente. Mais cette vente à quel titre est-elle consentie par les héritiers ? N'est-ce pas dans

« le but de préparer, de faciliter le partage ? Elle a  
« donc quant à eux les caractères d'une opération de  
« partage, et si c'est un acte de partage, pourquoi ne  
« pas lui en attribuer les effets » ?

Une seconde opinion atténue dans une certaine mesure ce que la théorie précédente peut avoir de trop absolu. Elle reconnaît qu'il serait étrange de donner le caractère du partage à une vente qui souvent n'aurait pas été faite dans le but de partager quelque chose.

Elle déclare que si la licitation est faite au cours des opérations du partage (c'est du reste ce qui se produit le plus souvent) et uniquement pour faciliter la liquidation, la vente doit être considérée comme faite non au profit de chaque héritier, chacun d'eux étant vendeur pour sa part, mais au profit de la masse et seuls sont réputés vendeurs ceux des copropriétaires auxquels le prix a été attribué et seulement dans la mesure de cette attribution (1). Par suite seules les hypothèques constituées par les colicitants attributaires du prix grèveront seules le prix de l'adjudication.

---

1. Demante. *Cours analytique du droit civil*, t. III, n° 225 bis.  
— Demolombe. *Traité des successions*, t. V, n° 273 et suiv. —  
Telle est aussi l'opinion de MM. Aubry et Rau. *Cours de droit civil français*, 4<sup>e</sup> édit., t. VI, § 625, p. 564 texte et note 25. — Pilon. *Revue trimestrielle du droit civil*, 1905, p. 669.

Ces auteurs raisonnent ainsi :

Lorsqu'au cours des opérations du partage il se trouve dans la masse indivise un immeuble impartageable en nature, les cohéritiers propriétaires de cet immeuble le licitent afin d'en partager le prix. Or si le partage avait eu lieu en nature, et si l'immeuble avait été mis dans le lot d'un des cohéritiers, l'effet déclaratif de l'article 883 se serait produit. Pourquoi n'en serait-il pas de même si cet immeuble est licité ? Parce qu'il est adjugé à un tiers ? Alors c'est admettre que le caractère de l'adjudication est rejeté par le pur hasard. Les cohéritiers eux n'ont voulu faire qu'un partage. En quoi la qualité de l'adjudicataire peut-elle changer le caractère de la licitation ? C'est très souvent malgré eux que les cohéritiers n'ont pas pu empêcher les tiers de prendre part à l'adjudication et se rendre acquéreurs de l'immeuble licité. Ce ne serait donc que par suite de ce fait qu'ils n'ont pas pu éviter que les rapports qui existent entre eux seraient complètement modifiés en sorte que jusqu'à l'adjudication chaque héritier ignorerait absolument quel serait le sort des actes de dispositions que, pendant la période d'indivision, il aurait pu faire de sa part dans l'immeuble licité. Est-il possible d'admettre une solution semblable ? Entre cohéritier il n'existe qu'une valeur commune qui est l'immeuble, et après sa licitation, le prix que sa vente a produit. Par conséquent qu'on attribue

à un héritier l'immeuble ou une partie de l'immeuble ou qu'on lui attribue le prix ou une portion de ce prix, l'opération est identique, et produit les mêmes effets : chaque héritier attributaire de l'immeuble ou du prix de l'immeuble est censé avoir toujours été propriétaire du montant de son attribution à l'exclusion de ses autres cohéritiers.

Les partisans de cette théorie reconnaissent que le prix obtenu par la licitation de l'immeuble indivis n'est pas une créance héréditaire, mais est au contraire une créance née directement au profit des cohéritiers ; cependant ils déclarent que même en admettant la thèse soutenue par l'arrêt de 1887, dont nous parlerons dans un instant, qui considère le prix comme une créance héréditaire, on doit arriver au même résultat et démontrer que l'effet déclaratif se produit en vertu du principe : « *In judiciis universalibus res succedit in loco pretii, et pretium in loco rei.* » Par suite l'attribution du prix équivalant à l'attribution de la chose elle-même serait également soumise à l'application de l'article 883.

Du reste, disent ces auteurs, la thèse que nous soutenons n'est pas en contradiction avec les termes de l'article 883. Cet article en effet règle uniquement les rapports qui existent entre les cohéritiers et l'adjudicataire. Or nous ne contestons pas qu'à l'égard de ce dernier la licitation vaille vente, mais nous prétendons que dans les rapports des copropriétaires entre eux elle vaut partage.

Enfin de même que Mourlon ils recherchent dans l'esprit général de la loi un argument en faveur de leur thèse. Il est de principe, disent-ils, que la loi a cherché à éviter toute difficulté entre cohéritiers, et à écarter toute cause qui pût faire naître entre eux un différend quelconque. Tel est le but de l'article 883. Grâce à lui chaque cohéritier est garanti d'avoir la portion de la succession qui lui est attribuée : s'il n'en était pas ainsi chacun d'eux pourrait valablement céder sa part virile à des tiers ; et par suite de cette cession, certains des copartageants seraient exposés à subir une lésion si leur cohéritier, qui a cédé ses droits, était débiteur envers eux d'un rapport en moins prenant qui absorberait sa part entière. On arriverait donc ainsi à un résultat absolument opposé à celui que le législateur avait eu l'intention d'obtenir.

A côté de ces deux opinions, il en est une troisième qui déclare que l'adjudication prononcée au profit d'un tiers étranger à l'indivision vaut toujours vente, même à l'égard des copropriétaires. En ce cas en effet il y aurait lieu de considérer la licitation comme une vente ordinaire faite par tous les copropriétaires ; chacun d'eux étant vendeur pour sa part virile (1).

---

1. Colmet de Santerre Laurent. *Principes de Droit civil*, t. X, n<sup>os</sup> 399 et suiv. — Le Selleyer, *Successions*, n<sup>o</sup> 1796. —

En appliquant ce principe que l'adjudication vaut vente, les partisans de cette théorie admettent que l'adjudicataire est l'ayant cause de tous les colicitants, et que l'immeuble qui lui est adjugé lui arrive grevé de toutes les charges dont chacun des copropriétaires a pu le frapper pendant la période d'indivision. Par suite les hypothèques et autres charges réelles constituées pendant cette période continuent à grever l'immeuble dans la mesure où le constituant en était propriétaire, alors même qu'aucune portion du prix d'adjudication ne serait attribuée à ce dernier dans l'acte de partage.

C'est à cette dernière opinion que nous n'hésitons pas à nous rallier.

On peut rechercher le fondement de cette théorie dans l'ancien droit français. Lorsque l'adjudication était prononcée au profit d'un tiers, la licitation valait vente. Et il résulte manifestement des textes, que l'on considérerait la licitation comme une vente, non seulement à l'égard de l'adjudicataire, mais aussi à l'encontre des cohéritiers entre eux.

Quant à l'argument tiré de l'esprit même de la loi qu'invoquent les adversaires de la thèse que nous soutenons, et qui tend à montrer qu'en prétendant

---

Huc. *Commentaire théorique et pratique de droit civil*, t. V, nos 437 et 445. — Planiol. *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3<sup>e</sup> édit., n° 2401.

que la licitation vaut vente entre cohéritiers, on se met en contradiction avec le but qu'a recherché le législateur, nous ne saurions en reconnaître la portée.

Il est évident en effet que l'on ne peut reconnaître à quelqu'un des droits sur une chose sans que par le fait même de leur existence, les droits que d'autres personnes peuvent avoir sur elle se trouvent amoindris. Mais tout d'abord il importe de remarquer que ce que la loi a recherché, ce n'est pas tant à éviter tout recours entre cohéritiers, qu'à écarter toute cause qui pourrait entraîner la possibilité d'un préjudice pour certains des copartageants, et par suite nuire à l'égalité qui doit régner entre eux. Est-ce que la thèse que nous soutenons a pour résultat de rendre possible cette lésion que la loi a voulu éviter ? Nullement. Nous verrons, lorsque nous étudierons les effets de l'attribution du prix, qu'il n'en est rien, et que dans l'un et l'autre cas, que la licitation vaille partage, ou qu'elle vaille vente, chaque cohéritier est certain de recueillir la part à laquelle il a droit, sans que par les agissements de l'un de ses cohéritiers cette part puisse être compromise.

D'autre part à la suite de la licitation ce qui est indivis c'est le prix, c'est-à-dire une créance. Cette créance du prix qui n'existait pas dans la succession puisqu'elle est née postérieurement au décès de la personne dont on partage la succession, a pris nais-

sance directement au profit des héritiers. Et dans ce cas il n'y a pas lieu d'appliquer la règle « *in judiciis universalibus res succedit in loco pretii et pretium in loco rei* », en vertu de laquelle le prix devrait être considéré comme subrogé réellement à l'immeuble, en sorte que l'attribution du prix produirait les mêmes effets que l'attribution de l'immeuble en nature, car cette règle reçoit son application dans des circonstances absolument étrangères à la question qui nous occupe actuellement. Mais ce qu'il faut observer c'est que le prix qui se trouve dans l'indivision est une créance née directement au profit des cohéritiers, et dont l'attribution qui en est faite ultérieurement ne saurait par suite être rétroactive.

Mais l'argument absolument irréfutable qui milite en faveur de notre thèse, est celui que l'on tire des termes mêmes de l'article 883 ?

Les auteurs qui soutiennent que la licitation vaut partage lorsqu'elle est le préliminaire de la liquidation, prétendent qu'il serait étrange de faire dépendre du résultat de l'adjudication le caractère que doit revêtir la licitation. Il est vrai que c'est un pur hasard qui décide si la licitation vaut vente ou partage, mais est-il possible de soutenir le contraire en présence des termes de l'article 883 ?

Si cet article n'existait pas, la licitation vaudrait vente, quel que fût l'adjudicataire. Mais dans certains

cas limitativement déterminés par lui, l'article 883 crée des exceptions au principe d'après lequel la licitation est une vente et lui donne le caractère du partage. Or, comme toute disposition exceptionnelle, cet article doit recevoir une interprétation restrictive. Et comme il ne parle que de la licitation tranchée au profit d'un cohéritier, il est impossible d'en étendre les effets à l'adjudication prononcée au profit d'un tiers étranger à l'indivision.

## SECTION II

### *Jurisprudence*

Quant à la jurisprudence, pendant trois quarts de siècle jusqu'en 1887, elle décida, en général, que la licitation tranchée au profit d'un tiers était déclarative lorsqu'elle était un incident de la liquidation. Elle paraissait même, quelques années avant l'arrêt de 1887 définitivement fixée en ce sens.

La question fut tranchée pour la première fois par la Cour de cassation par un arrêt de la Chambre des requêtes du 16 janvier 1833 qui reconnaissait que l'effet déclaratif de l'article 883 s'appliquait aux attributions du prix de la licitation tranchée au profit d'un tiers (1).

---

. S. 1833. I. 87.

Cette jurisprudence fut confirmée (M. Labbé la fait même commencer seulement à cet arrêt) par un arrêt de la Chambre civile du 18 juin 1834 qui déclarait que seul devait être considéré comme vendeur celui des cohéritiers à qui le prix d'adjudication avait été attribué (1).

Quant aux Cours d'appel elles donnèrent à la question des solutions diverses.

Les unes maintenaient, contrairement à la doctrine de la Cour de cassation, la jurisprudence de l'ancien droit, et décidaient que la licitation tranchée au profit d'un tiers était une vente à laquelle était absolument étranger l'effet déclaratif de l'article 883, en sorte que toutes les hypothèques constituées par chacun des cohéritiers continuaient à grever le prix indépendamment de toute attribution de ce prix (2).

Les autres au contraire, et elles paraissent être le plus grand nombre, s'étaient ralliées à la jurisprudence de la Cour de cassation, et décidaient que l'effet déclaratif s'appliquait à la licitation même tranchée au profit d'un tiers lorsqu'elle est un inci-

---

1. D. 1834. 1. Dans le même sens, Cass., 26 juillet 1848. P. 1849. 1. 7.

2. Nîmes, 2 août 1838. P. 1839. 1. 505. — Douai, 2 mai et 25 juillet 1848. D. 1849. 2. 184 et 185. — Grenoble, 27 juillet 1859. D. 1888. 1. 385 en note. — Rouen, 24 juillet 1857. S. 1857. 2. 119.

dent du partage, en sorte que les créanciers hypothécaires ou chirographaires de chaque copropriétaire ne peuvent prétendre qu'à la portion du prix attribuée à leur débiteur (1).

La Cour d'appel de Dijon ayant rendu un arrêt dans ce sens le 23 février 1880, cet arrêt fut frappé de pourvoi, et la Cour de cassation rendit sur les conclusions de M. le Conseiller Babinet un arrêt du 22 février 1881, qui maintenait la jurisprudence antérieure (2).

Un autre arrêt du 8 février 1882 (3) confirmait une fois de plus cette jurisprudence en permettant aux coassociés de prélever à titre de propriétaire, avant tout partage, une portion de la masse indivise égale à la dette que l'un des associés avait pu contracter envers la société.

La jurisprudence paraissait donc alors parfaitement établie, et l'on peut en résumer les effets en disant avec la Cour de cassation « que les droits des « colicitants étaient purement éventuels et restaient « subordonnés au résultat du partage ultérieur et « que ce prix constituait alors une créance faisant

---

1. Aix, 23 janvier 1835. S. 1835. 2. 267. — Grenoble, 2 juin 1863. D. 1863. 2. 100. — Douai, 5 juin 1866. P. 1867. 925. — Orléans, 27 mai 1870. S. 1871. 2. 160. — Paris, 3 juillet 1872. D. 1874. 2. 23. — Alger, 24 décembre 1877. S. 1878. 2. 214. — Aix, 4 mai 1887. *Bulletin de la Cour d'Aix*, 1888, p. 78.

2. Cass., 22 février 1881. S. 1884. 1. 117. D. 81. 1. 409.

3. Cass., 8 février 1882; D. 1882. 1. 317.

« partie de l'actif indivis, créance soumise comme  
« les autres biens de l'indivision à l'application de  
« l'article 883 du Code civil et non de l'article 1220  
« du même Code, qui prévoit et règle seulement les  
« relations des héritiers avec les débiteurs de la suc-  
« cession et non avec les créanciers de l'héritier ».

Cependant sans que rien n'ait pu faire prévoir un changement dans sa jurisprudence, la Cour de cassation, par un arrêt du 14 décembre 1887, décida  
« que l'article 883 du Code civil étant basé sur une  
« fiction doit recevoir une interprétation restrictive.

« Qu'il ne saurait donc être applicable quand les  
« propriétaires ne partagent ni ne licitent entre eux  
« les objets possédés indivisément, mais les vendent  
« à des tiers ; qu'à la propriété indivise des objets  
« possédés par eux succède alors la propriété de prix  
« de vente divisés conformément au principe écrit  
« dans l'article 1220 du Code civil ; que dans ce cas il  
« n'est pas possible de réputer propriétaire avant la  
« vente le tiers qui auparavant n'avait aucune espèce  
« de droit sur les objets par eux acquis ; que la  
« période d'indivision n'est donc effacée par aucune  
« fiction légale, qu'elle subsiste dans toute sa réalité  
« et que les droits constitués sur les objets possédés  
« indivisément subsistent aussi avec les effets juridi-  
« ques que leur a donnés la convention des parties. »

Cet arrêt qui venait brusquement, sans que rien pût expliquer ce changement, décidait donc que l'effet

déclaratif était absolument étranger à la licitation tranchée au profit d'un tiers.

Il était intervenu à la suite d'une vente pure et simple faite en dehors de tout partage, d'un immeuble qui se trouvait indivis entre plusieurs personnes qui avaient formé entre elles une société civile, à la suite d'un achat fait au moyen de deniers communs.

Certains auteurs se refusèrent à admettre qu'un revirement se fût produit dans la jurisprudence de la Cour de cassation, et prétendirent qu'au cas de licitation tranchée au profit d'un tiers ou au cas de saisie pratiquée à la requête d'un créancier de la masse, l'effet déclaratif de l'article 889 continuerait à s'appliquer à l'égard des copropriétaires, la nouvelle jurisprudence étant relative uniquement au cas de vente volontaire.

De son côté, M. Labbé essaya de concilier l'arrêt de 1887 avec celui de 1881 en montrant que les dispositions du premier s'appliqueraient à la licitation des immeubles de société, tandis que la jurisprudence antérieure continuerait à être applicable en matière de succession.

Toutefois la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation ne s'imposa pas à toutes les Cours d'appel. De nombreuses Cours (1) résistèrent et continuèrent à juger que l'effet déclaratif de l'article 883 s'appliquait

---

1. Toulouse, 30 juillet 1888. D. 1889. 2. 25. — Orléans, 25 juillet 1890. D. 1891. 2. 236.

à la licitation tranchée au profit d'un tiers, lorsqu'elle était un incident du partage.

Un arrêt de la Cour de Dijon (1) du 20 mars 1889 ayant décidé que l'article 1220 n'est pas applicable à la créance du prix d'adjudication, fut frappé de pourvoi, et la Cour de cassation précisant la jurisprudence par elle innovée en 1887 déclara dans un arrêt du 17 février 1892 « que l'article 883 ne vise  
« que le cas où l'adjudication a lieu au profit de l'un  
« des colicitants, qu'il est sans influence quelle que  
« soit l'attribution ultérieure du prix quand l'adju-  
« dication a été prononcée au profit d'un tiers qui  
« n'avait antérieurement aucun droit sur l'immeuble  
« qu'il a acquis ; que dans ce cas les droits constitués  
« pendant la durée de l'indivision subsistent sur  
« les biens licités avec tous les effets juridiques que  
« leur ont donnés les conventions des parties.

De nombreuses Cours d'appel et de nombreux Tribunaux se rallièrent à cette nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation (2).

---

1. Cass, 17. février 1892. D. 1892. 1. 191.

2. Trib. de la Seine, 30 octobre 1893. *Mon. jud. de Lyon*, 4 décembre 1893. — Caen, 30 octobre 1894. Journ. *Le Droit*, 16 novembre 1894. — Riom, 31 janvier 1896. *Rec. de Riom*, 1895-1896, p. 165. — Nancy, 7 juillet 1896 (motifs). S. et P. 1897. 2. 123 ; Douai 28 avril 1897. Journ. *La Loi*, 17 mars. 1898. — Bordeaux, 21 juillet 1898. *Rec. de Bordeaux*, 1899. 1. 40). Caen, 1<sup>er</sup> mai 1899. S. et P. 1903. 2. 103. — Trib. de la Seine 1<sup>er</sup> août 1899. Journ. *Le Droit*, 24 décembre 1899 ;

Mais il y eut néanmoins de la part de certaines Cours d'appel une résistance très vive qui n'est pas encore désarmée.

Certaines Cours d'appel, en effet, émues par les conséquences rigoureuses et profondément contraires à toute équité que la Cour de cassation tirait du caractère qu'elle reconnaissait à la licitation, tentèrent de réagir, et pour arriver à une solution équitable, persistèrent à décider que l'effet déclaratif s'appliquait à la licitation tranchée au profit d'un tiers lorsqu'elle avait lieu dans le but de faciliter le partage (1).

Mais la Cour de cassation a toujours maintenu sa jurisprudence de 1887 et a cassé impitoyablement tous les arrêts qui ne se soumettent pas à cette jurisprudence (2).

---

20 novembre 1900, *id.* 19 janvier 1901. — Paris, 21 février 1902, *id.* 1<sup>er</sup> janvier 1903. — Trib. de la Seine, 20 mars 1903 *id.* 28 août 1903. — Toulouse, 11 juin 1903. S. et P. 1903. 2. 263. — Lyon, 29 mars 1905. *Le Droit*, 15 et 16 mai 1905. S. 1905. 2.243 (ce dernier arrêt partant des mêmes principes que la Cour de cassation arrive à une solution tout à fait opposée. Voir *infra*.).

1. Dijon, 2 décembre 1903. S. 1905. 2. 89. — 27 décembre 1905 rapporté dans la *Gaz. des Tribunaux* du 23 février 1906.

2. Cass., 21 juin 1904. *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 148. — 19 mars 1906. *Gaz. des Tribunaux*, 1906. 1. 191.

### SECTION III

#### *Caractère de la licitation lorsque le prix a fait l'objet d'un partage antérieur*

Ainsi la Cour de cassation déclare que l'effet déclaratif de l'article 883 est absolument étranger à la licitation tranchée au profit d'un tiers, et elle décide qu'il en est ainsi, quelle que soit l'attribution ultérieure du prix (arrêt du 17 février 1892).

Cependant, à cette doctrine aujourd'hui parfaitement établie, la Cour de cassation apporte une dérogation qui pourrait, si elle est maintenue, avoir une importance considérable. Elle reconnaît en effet que la licitation tranchée au profit d'un tiers est déclarative entre les cohéritiers, lorsqu'auparavant le prix à en provenir a fait l'objet d'un partage.

D'ordinaire lorsque dans une succession il se trouve un immeuble impartageable en nature, les héritiers commencent par liciter cet immeuble ; et ils procèdent ensuite au partage de la succession en y comprenant le prix de vente de cet immeuble. En un mot on licite d'abord l'immeuble, et on en partage ultérieurement le prix lors de la liquidation.

Cependant cette façon de procéder n'est pas absolue bien qu'elle paraisse rationnelle, et l'on voit par-

fois la liquidation précéder la licitation. Toutefois ce mode de procéder présente d'assez grandes difficultés de réalisation, en sorte qu'on se trouve souvent dans l'impossibilité de l'employer.

Tout d'abord pour que le partage précède la licitation, il faut que tous les copropriétaires y consentent.

En effet aux termes de l'article 828 du Code civil.  
« Après que les meubles et les immeubles ont été  
« estimés et vendus s'il y a lieu, le juge-commissaire  
« renvoie les parties devant un notaire dont elles  
« conviennent, ou nommé d'office si les parties ne  
« s'accordent pas sur le choix. On procède devant  
« cet officier aux comptes que les copartageants peu-  
« vent se devoir, à la formation de la masse générale,  
« à la composition des lots et aux fournissements à  
« faire à chacun des copartageants. »

C'est donc seulement après la vente des immeubles impartageables que les parties vont devant le notaire qui liquide les droits de chacun dans la masse indivise (1).

Or, toutes les dispositions relatives aux opérations du partage, et par suite celles qui règlent l'ordre dans lequel on doit y procéder, sont d'ordre public, en ce sens que l'on ne peut y déroger sans la volonté

---

1. Cass., 21 juin 1904, S. 1905.1.273, note de M. Wahl, p. 274, col. 1.

expresse et unanime de tous les copropriétaires. Par conséquent pour que l'ordre des opérations du partage réglées par l'article 828 du Code civil soit interverti, et que l'on procède à la liquidation avant que les immeubles que l'on ne peut pas partager en nature soient vendus, il faut nécessairement que tous les copropriétaires y consentent.

Certes il peut très bien se faire que tous les copartageants soient d'accord pour procéder immédiatement à la liquidation sans attendre la licitation, mais il faut bien remarquer que la résistance d'un seul des copropriétaires est suffisante pour empêcher le partage préalable à la licitation. Et cette constatation montre combien il est difficile d'employer cette façon de procéder.

Au surplus si l'une des parties est mineure, interdite ou absente, et par suite dans l'impossibilité d'exercer ses droits, l'intervention des opérations du partage est impossible (1). De même que lorsque l'un des copartageants se trouve dans cette situation, on ne peut pas procéder amiablement au partage (art. 838, C. civ.), de même dans ce cas on doit observer rigoureusement l'ordre des opérations tel qu'il est établi par la loi.

Enfin il paraît fort difficile de comprendre dans

---

1. Voir note de M. Wahl sous Cass., 27 mai 1903. S. P. 1903. I. 528.

la masse à partager le prix à provenir de la licitation avant de savoir quel en sera le montant. Nous ne voyons pas très bien des copartageants assez audacieux pour accepter un partage ainsi établi.

Il faut cependant croire qu'il s'en est rencontré, puisque l'espèce s'est présentée en jurisprudence (1).

Une dame de Mirandal était décédée laissant les deux enfants de Broc et la dame du Mesnil pour seuls héritiers. Deux ans après M<sup>me</sup> du Mesnil est décédée sans héritiers à réserve, laissant son mari comme légataire universel. Avant la licitation des immeubles dépendant de la succession de M<sup>me</sup> de Mirandal, il fut procédé aux comptes des colégataires. Ce partage fut régulièrement homologué ; et ses dispositions essentielles sont rapportées dans l'article 8 du cahier des charges dressé en vue de la licitation des immeubles indivis, et ainsi conçu : « Article 8 : Au prix d'adjudication on ajoutera indépendamment des intérêts qui pourront être dus : 1° le mobilier formant les paragraphes 1 et 2 des rétablissements par de Broc s'élevant à 40.131 fr. 66, le paragraphe 3, la créance contre le même s'élevant à 80.791 fr. 10, plus tous intérêts et accessoires dus en outre de ceux portés en l'état liquidatif, le total formant le prix à distribuer. Ce prix sera applicable tout d'abord au paiement des

---

1. Cass., 18 juin 1900. S. P. 1900. 1. 361 ; D. 1900. 1. 41 et la note de M. Colin.

frais, ensuite au prélèvement auquel a droit du Mesnil en vertu de la liquidation, et le surplus partagé entre les vendeurs, à chacun par moitié ; sur la moitié lui revenant, il sera déduit à la charge de de Broc les valeurs suivantes qui lui sont attribuées par compensation en sa personne : 1° son rétablissement s'élevant à 40.131 fr. 66 ; 2° sa dette envers la succession de 80.791 fr. 10 ; 3° et de tous intérêts. Ce qui restera après cette déduction formera uniquement la part de de Broc dans le prix de la vente. Quant à du Mesnil sa part dans le prix sera formée de la réunion des sommes suivantes : 1° sa moitié dans le prix net de la masse à partager ; 2° la créance de 66.933 fr. 81, formant le paragraphe 8 de la masse passive ; 3° et tous intérêts ; en outre en raison du caractère définitif des partages et attributions qui précèdent, l'adjudicataire devra se libérer aux mains de chaque attributaire, ou ses représentants de la part lui revenant et ainsi réglée sans pouvoir lui opposer les empêchements pouvant provenir de l'autre attributaire, soit à raison de sa situation hypothécaire, soit de toute autre cause. »

L'immeuble fut adjugé 670.500 francs. L'adjudicataire voulant se libérer conformément à la clause ci-dessus consigne 170.874 francs représentant la part de de Broc dans le prix en principal et intérêts. Un ordre fut ouvert, mais le juge-commissaire ayant fait porter l'ordre ouvert entre les créanciers du sieur de

Broc non seulement sur les 170.874 francs revenant à celui-ci, mais sur le prix intégral de l'immeuble, le règlement provisoire fut contredit. Le 27 mars 1897 le tribunal civil de La Flèche rendit un jugement, confirmé par la Cour d'Angers par arrêt du 7 décembre 1897, réduisant la portée de l'ordre aux sommes attribuées à de Broc.

Les créanciers de de Broc frappèrent cet arrêt de pourvoi en cassation, et à la date du 18 juin 1900 (1) la Cour de cassation rendit un arrêt confirmant les décisions de la Cour d'Angers.

C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé que lorsque : « par une convention antérieure à la licitation, les cohéritiers ont liquidé leurs droits et fixé « définitivement leurs parts dans les valeurs successorales y compris le prix à provenir d'un immeuble qui doit être licité, cette convention mettant fin « à l'indivision doit déterminer les effets produits par « l'article 883 du jour où elle est intervenue, et c'est « à cette date qu'est fixé le sort des droits constitués pendant l'indivision sur les immeubles successoraux ».

Cette opinion est du reste partagée par de nombreux auteurs. « Dans le cas que nous examinons, disent MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl, la réparti-

---

1. D. 1906. 1. 41 et la note de M. Ambroise Colin.

tion du prix équivaut à la répartition par portion divise de l'immeuble (1). »

M. Wahl plus catégoriquement encore déclare :  
« que l'effet déclaratif du partage s'applique à la  
« licitation prononcée au profit d'un étranger lors-  
« que, avant cette licitation prononcée au profit d'un  
« étranger, le prix qui doit en provenir est placé dans  
« le lot de l'un ou de l'autre des cohéritiers ; le par-  
« tage met alors fin à l'indivision, chaque héritier  
« étant censé avoir été seul propriétaire dès l'ori-  
« gine de l'indivision de la part qui lui est attribuée,  
« et la répartition du prix équivaut à la répartition  
« de l'immeuble » (2).

Ainsi pour la Cour de cassation et les auteurs qui partagent sa doctrine sur ce point, l'attribution du prix étant identique à l'attribution de l'immeuble en nature, et étant soumise à l'effet déclaratif de l'article 883, l'héritier attributaire du prix ou d'une portion du prix est censé avoir toujours été propriétaire du montant de son attribution à l'exclusion de ses autres cohéritiers, et par suite ces derniers n'ont pu disposer de ce prix au préjudice de ceux auxquels

---

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl. *Traité des successions*, 2<sup>e</sup> édit., t. 3, n<sup>o</sup> 3294.

2. Wahl, note sous Cass., 21 juin 1904, précité, p. 274, col. 1. Wahl : les variations de la jurisprudence sur les différentes questions relatives à l'effet déclaratif du partage. Extrait du livre du *Centenaire du Code civil*, n<sup>o</sup> 86.

il a été attribué, dans le cas où ils n'en recueilleraient qu'une fraction inférieure à leur part virile.

Nous ne saurions cependant pas partager cette manière de voir, et nous pensons au contraire que la date de l'acte de partage est sans influence sur le caractère de la licitation. Que la liquidation soit antérieure ou postérieure à la licitation, celle-ci n'en est pas moins dans les deux cas une vente pure et simple tant à l'égard de l'adjudicataire que des colicitants.

En effet le prix de la licitation n'est pas une valeur héréditaire, à laquelle puisse s'appliquer logiquement l'effet déclaratif. Par conséquent les attributions qui sont faites de ce prix sont translatives de propriété, et leurs effets ne sauraient en aucune façon remonter jusqu'au jour de la naissance de l'indivision.

Les droits des héritiers sont fixés au jour de l'ouverture de la succession suivant leur vocation héréditaire. A cette date par conséquent la propriété de l'immeuble appartenait à chacun des ayants droit selon une proportion déterminée. Par suite chaque héritier pouvait dès cette époque valablement disposer de sa part dans l'immeuble, soit en la vendant, soit en l'hypothéquant. Et l'attribution qui peut être faite dans la suite du prix à provenir de la licitation ne peut pas changer la situation des tiers auxquels il a cédé ou hypothéqué sa part. Même dans le cas

où aucune fraction du prix ne lui serait attribuée, ou si la fraction de ce prix qui est mise dans son lot est inférieure à sa part dans l'immeuble, les tiers auxquels il a cédé ses droits n'en seront pas moins certains de recueillir une portion du prix de la licitation égale à la part héréditaire de cet héritier dans l'immeuble indivis.

Ainsi il n'y a pas lieu de distinguer si la liquidation est antérieure ou postérieure à la licitation ; les deux situations sont identiques, et nous arrivons à cette conclusion que dans les deux cas la licitation vaut vente même à l'égard des cohéritiers entre eux.

## CHAPITRE II

### De l'influence de l'attribution du prix

---

#### SECTION I

#### *Les droits des créanciers de chaque colicitant sur le prix de l'adjudication*

Maintenant que nous avons déterminé le caractère de la licitation tranchée au profit d'un tiers, et montré que l'effet déclaratif ne saurait lui être applicable sans qu'il y ait lieu d'examiner si le partage est antérieur ou postérieur à l'adjudication, il nous reste à tirer de ce principe les conséquences qui doivent en découler, et rechercher quelle peut être l'influence de l'attribution du prix sur les effets de cette adjudication.

La licitation vaut vente, disons-nous, lorsqu'elle est tranchée au profit d'un tiers. Par conséquent le prix

qu'elle a produit revient à chacun des copropriétaires dans la mesure où l'immeuble lui appartenait.

Si donc la masse indivise comprend uniquement un immeuble, et si rien ne vient compliquer les choses, le prix sera attribué à chacun des héritiers suivant sa vocation héréditaire. Et sur la portion du prix attribuée à chaque héritier, les créanciers de chacun d'eux peuvent faire valoir ses droits.

Mais dans la pratique la situation respective des cohéritiers n'est pas aussi simple.

La masse indivise peut comprendre plusieurs immeubles ou bien un immeuble et des valeurs mobilières. Or dans le partage auquel il est procédé après la licitation des immeubles, il peut être attribué à l'un des cohéritiers le prix total d'un immeuble, les autres cohéritiers étant remplis de leurs droits par l'attribution du prix d'autres immeubles ou de valeurs mobilières. Les copartageants procèdent souvent ainsi, soit parce que l'un des immeubles a été adjugé à un colicitant, tandis que l'autre l'a été à un tiers, soit parce que certains des cohéritiers préfèrent certaines valeurs plutôt que d'autres.

Dans ce cas il importe peu que lors du partage qui a lieu après la licitation, le prix ne soit pas attribué aux cohéritiers dans la proportion de leurs parts héréditaires, ou même ne soit attribué qu'à certains d'entre eux. Cette attribution ne produit aucune influence sur les rapports qui existent entre

chaque cohéritier et les tiers qui ont pu contracter avec lui.

En effet, avant la licitation chaque héritier était propriétaire d'une fraction de l'immeuble. En supposant que les droits de chacun d'eux fussent égaux, l'immeuble leur appartenait indivisément par moitié, par tiers, ou par quart... Par suite après la licitation, l'adjudication valant vente, le prix revient à chaque héritier dans une proportion égale à la part qu'il avait dans la propriété de l'immeuble.

Mais si dans le partage il est attribué à certains des héritiers une portion du prix supérieure à leur part de propriété, si par exemple, alors que l'immeuble n'appartenait à un héritier que pour moitié, il lui est attribué les trois quarts du prix, pour le quart qui excède sa part héréditaire dans l'immeuble, cet héritier sera considéré comme l'ayant acquis de son cohéritier auquel il n'a été attribué qu'un quart du prix d'adjudication. Par suite cette portion du prix supérieure à la part de l'héritier qui en est attributive, arrivera à ce dernier grevée de toutes les charges dont l'autre héritier aura pu la frapper. Ainsi lorsque l'un des héritiers a hypothéqué complètement sa part de propriété dans l'immeuble indivis, et lorsque cependant il n'est attribué à cet héritier qu'une portion du prix inférieure à sa part héréditaire dans l'immeuble licité, le créancier hypothécaire touchera néanmoins la part entière de son

débiteur, et sera préféré pour la portion de cette part qui aura été attribuée aux autres cohéritiers, aux copartageants qui en auront été attributaires.

Supposons par exemple un immeuble indivis entre deux cohéritiers ; cet immeuble est adjugé sur licitation à un tiers moyennant 50.000 francs ; par conséquent le prix reviendrait donc par moitié à chacun des héritiers, qui auraient ainsi 25.000 francs à recevoir. Mais dans l'acte de partage ce prix est attribué ainsi : 40.000 francs sont attribués à un des cohéritiers et 10.000 francs seulement à l'autre, le lot de ce dernier étant complété par l'attribution d'autres valeurs. Or si pendant la période d'indivision l'héritier attributaire de 10.000 francs a hypothéqué sa part indivise dans l'immeuble commun pour garantie d'une dette de 25.000 francs, le créancier hypothécaire de cet héritier touchera après la licitation : 1<sup>o</sup> les 10.000 francs attribués à son débiteur ; 2<sup>o</sup> 15.000 francs attribués dans le partage à l'autre héritier, et qui excèdent la part de ce dernier dans le prix de l'immeuble et pour lesquels le créancier sera préféré à l'héritier attributaire.

## SECTION II

### *Des droits des créanciers hypothécaires d'un colicitant débiteur d'un rapport en moins prenant*

#### I

Toutefois il se présente une hypothèse qui n'est pas tout à fait aussi simple, et qui donne lieu à de très vives controverses qui partagent la doctrine et la jurisprudence.

Nous avons supposé jusqu'à présent que lors de l'ouverture de la succession les droits des cohéritiers étaient absolument liquides, c'est-à-dire que l'actif de la succession se partageait entre les cohéritiers suivant la vocation héréditaire de chacun d'eux.

Mais les rapports qui existent entre cohéritiers ne sont pas toujours aussi simples.

En effet le législateur en établissant les règles relatives au partage a été dominé par la pensée de maintenir entre les copartageants une égalité parfaite. Tel était le but qu'il poursuivait en rédigeant l'article 883, et surtout en édictant les articles relatifs aux rapports.

C'est ainsi que, pour nous en tenir à ce dernier point, le législateur a décidé que, dans des circons-

tances déterminées par lui, certains cohéritiers seraient tenus de joindre à la masse à partager des biens dont le défunt les avait gratifiés.

Tout héritier est tenu de rapporter à la succession les biens que le défunt a pu lui donner ou lui léguer (s'il l'a déclaré formellement en ce qui concerne ces derniers depuis la loi du 24 mars 1898) et les dettes qu'il a pu contracter envers l'auteur commun. Le rapport des immeubles en principe s'exerce en nature. Au contraire le rapport des meubles et celui de dettes (1) s'exerce toujours en moins prenant. Il en est de même dans certaines circonstances du rapport d'immeubles.

Du reste pour compléter ces dispositions le code a garanti les héritiers créanciers du rapport contre l'insolvabilité de leur cohéritier débiteur, en les autorisant à prélever sur la masse indivise une portion égale au montant du rapport (art. 830). Ce n'est donc qu'après ce prélèvement que le reliquat est partagé entre les cohéritiers suivant les droits héréditaires de chacun d'eux.

Ainsi dans certaines circonstances, certains des copartageants doivent pour effectuer le rapport en

---

1. Il faut remarquer que le rapport de dettes, qui s'exerce toujours en moins prenant, s'applique à toute sorte d'indivision, même à celle qui existe entre coassociés. Il est donc d'une application beaucoup plus générale que le rapport de dons qui ne concerne que les successions *ab intestat*.

moins prenant dont ils sont tenus, imputer le montant de ce qu'ils doivent rapporter sur leurs parts, tandis que chacun des autres copartageants prélève sur la masse à partager une portion égale au montant de ce rapport.

Et l'on peut envisager l'hypothèse dans laquelle le montant du rapport en moins prenant absorbe en entier la part de l'héritier qui en est débiteur, en sorte qu'il ne revient absolument rien à celui-ci dans l'actif de la succession à liquider.

Dans ce cas le prix d'adjudication de l'immeuble licité, comme toutes les autres valeurs indivises, fait l'objet d'attributions au profit des autres cohéritiers. Si le rapport n'absorbe pas entièrement la part de l'héritier qui en est débiteur, le notaire liquidateur commence par attribuer à chaque héritier créancier du rapport des valeurs égales au montant de ce rapport, par exemple en attribuant le prix de l'immeuble licité, et ce n'est que le reliquat de la succession qui est attribué à tous les cohéritiers sans distinction suivant leurs droits héréditaires.

Or, bien que l'un des héritiers n'ait, ainsi que nous venons de le voir par suite du rapport en moins prenant qu'il doit effectuer et qui absorbe sa part entière, absolument rien à toucher dans l'actif de la succession à partager, il se peut cependant que cet héritier ait constitué une hypothèque sur un immeuble indivis pour sûreté d'une obligation qu'il a pu

contracter au profit d'un tiers. Mais comme l'héritier qui a constitué l'hypothèque n'a rien à toucher dans l'actif de la succession, le prix entier de l'immeuble est attribué aux autres héritiers créanciers du rapport.

Voilà donc pour la portion du prix correspondant à la part de propriété dans l'immeuble licité de l'héritier débiteur du rapport, deux sortes de créanciers qui se trouvent en présence, le créancier hypothécaire, et les héritiers créanciers du rapport et attributaires de la totalité du prix.

C'est alors que se pose la question de savoir qui sera préféré des cohéritiers créanciers du rapport ou des créanciers hypothécaires de l'héritier qui en est débiteur.

En fait cette situation ne présente pas une importance capitale si l'héritier débiteur du rapport est solvable, dans ce cas l'une ou l'autre partie pourra se faire payer du montant de ce qui lui est dû au moyen de deniers personnels de l'héritier débiteur. Mais la situation change complètement lorsque la masse à partager comprend uniquement le prix de l'immeuble licité, et que l'héritier débiteur du rapport qui a constitué l'hypothèque est insolvable.

En effet si l'on attribue le prix de l'immeuble licité à ceux des cohéritiers auxquels le rapport est dû, et si l'effet de cette attribution est annihilé par suite du créancier hypothécaire, en ce qui concerne la

part de l'héritier débiteur du rapport, il est certain que l'égalité entre copartageants, que recherche la loi, n'existe plus, et que les héritiers créanciers du rapport subissent une lésion.

Afin de donner plus de clarté à la question, prenons un exemple et tirons-le d'une des espèces qui s'est présentée en jurisprudence, de l'arrêt de la Cour de Besançon du 15 novembre 1901 (1) qui a été cassé par l'arrêt de la Cour de cassation du 21 juin 1904 (2).

Une personne était décédée laissant trois héritiers pour recueillir sa succession. Après le décès l'un des héritiers à qui l'on avait confié le soin d'administrer la succession avait constitué une hypothèque sur les immeubles indivis pour sûreté d'une ouverture de crédit de 27.000 francs, qui lui avait été consentie. Plus tard cet héritier fut déclaré en faillite, et le syndic de la faillite forma une demande en partage de la succession indivise, et les immeubles en dépendant furent licités et adjugés à un tiers moyennant 53.000 francs.

Or, le notaire qui procéda à la liquidation reconnut dans son travail que l'héritier failli était débiteur envers la succession d'une somme de 42.000 francs. Par conséquent la masse à partager se composait des

---

1. Besançon, 15 novembre 1901. S. 1905. 2. 89.

2. Cass., 21 juin 1904. S. 1905. 1. 273 ; D. 1906. 1. 44.

53.000 francs, prix d'adjudication des immeubles indivis, des 42.000 francs, dont l'héritier failli était débiteur envers la succession, soit au total de la somme de 105.000 francs. Par suite la part de chacun des héritiers s'élevait à 35.000 francs, la somme dont l'héritier failli était débiteur envers la succession était supérieure à la part que ce dernier était appelé à recueillir dans cette succession.

Il fut procédé à la liquidation de la succession, liquidation dans laquelle il ne fut rien attribué à l'héritier failli, débiteur de la succession, et des ordres furent ouverts pour la distribution des prix de vente des immeubles indivis ; à ces ordres le créancier hypothécaire de l'héritier failli produisit pour le montant intégral de sa créance hypothécaire, soit 27.000 francs ou tout au moins jusqu'à concurrence de la part héréditaire de son débiteur dans les immeubles licités, c'est-à-dire pour le tiers des prix d'adjudication.

Les deux autres héritiers au contraire prétendaient que l'héritier failli étant débiteur envers la succession d'une somme supérieure à sa part, et étant ainsi rempli de ses droits, les prix d'adjudication leur appartenaient en entier, et que les créanciers personnels de cet héritier, même hypothécaires, n'avaient aucun droit sur ces sommes.

Il s'agissait donc de savoir qui devait être préféré des héritiers créanciers du rapport, ou du créancier hypothécaire de l'héritier failli.

Ainsi que l'indique très bien M. Pilon (1), on peut présenter la question de la façon suivante :

« Lorsqu'un héritier qui est débiteur envers la succession, a, pour sûreté d'obligations contractées postérieurement à l'ouverture de la succession, donné hypothèque sur les immeubles indivis, est-ce que le prix provenant de la licitation de ces immeubles doit être attribué à ses cohéritiers créanciers du rapport de dettes, ou au créancier hypothécaire, alors que d'une part la licitation a eu lieu au profit d'un étranger, et que d'autre part un partage n'est pas intervenu avant la licitation fixant d'une manière définitive les droits respectifs des cohéritiers sur le prix de l'immeuble, qui doit être préféré du cohéritier qui a droit au rapport des dettes, ou du créancier du débiteur de ce rapport muni d'une hypothèque sur les immeubles licités ? »

On peut cependant faire un reproche à la question ainsi posée par M. Pilon, c'est de n'être pas suffisamment compréhensive.

Que les créanciers chirographaires de l'héritier débiteur du rapport ne puissent pas prétendre venir en concours avec les héritiers auxquels le rapport est dû. Personne ne le conteste.

Mais il n'est pas nécessaire que le créancier de l'héritier débiteur de la succession ait une hypothèque

---

1. *Revue trimestrielle du droit civil*, 1905, p. 671.

que pour l'immeuble indivis, pour que la question que nous examinons se pose.

En effet, le créancier auquel l'héritier débiteur du rapport a régulièrement cédé sa part dans la succession avant la liquidation, pourrait également, si les formalités prescrites par l'article 1690 du Code civil ont été remplies, émettre la prétention d'être préféré aux héritiers créanciers du rapport. Il en serait de même du créancier qui aurait obtenu un jugement validant une saisie pratiquée entre les mains de l'adjudicataire de l'immeuble, après la signification de ce jugement au tiers saisi.

D'autre part le créancier qui aurait simplement pratiqué une saisie-arrêt, pourrait demander à venir en concours avec les héritiers créanciers sur la part héréditaire de son débiteur dans le prix de l'immeuble (1).

Quoi qu'il en soit, afin de ne pas compliquer inutilement la question, nous raisonnerons toujours sur l'hypothèse dans laquelle le créancier de l'héritier débiteur du rapport est un créancier hypothécaire. Tout ce qui sera dit à ce sujet, pourra être étendu au cas où le créancier de l'héritier sera bénéficiaire d'un transport, ou bien aura pratiqué une saisie-arrêt.

---

1. Wahl. Note sous Besançon et Dijon, cités, *infra*, p. 90, col. 2.

C'est du reste exclusivement par suite de la présence d'un créancier hypothécaire que des difficultés ont surgi et ont été soumises à l'appréciation des Tribunaux.

La question ainsi posée a reçu des diverses Cours d'appel auxquelles elle a été présentée, des solutions fort différentes.

La Cour de Caen a donné la préférence au créancier hypothécaire (1). Mais la plupart des Cours d'appel décident que les héritiers créanciers du rapport devaient être préférés au créancier hypothécaire de l'héritier débiteur (2).

Quant à la Cour de cassation depuis l'arrêt de 1887, la question ne se posait même pas auparavant puisqu'elle admettait que les attributions du prix étaient déclaratives, elle décide que le créancier hypothécaire doit être préféré aux héritiers créanciers du rapport, et elle a cassé les arrêts des Cours de Besançon et de Bourges, cités en note, qui avaient rejeté les prétentions du créancier hypothécaire. Et récem-

---

1. Caen, 1<sup>er</sup> mai 1899. S. 1903. 2. 103. D. 1900. 2. 49.

2. Besançon, 15 novembre 1901. S. 1903. 2. 89. — Dijon, 2 décembre 1903. — S. 1905. 2. 89. — Bourges, 28 mai 1902. — Agen, 30 janvier 1905, résumé dans la *Gazette du Palais*, du 29 juillet 1905, p. 2. *Bulletin des Cours, d'appel*. — Dijon, 27 décembre 1905, rapports dans la *Gaz. des tribunaux*, du 23 février 1906. — Trib. civ. Seine, 26 janvier 1898. *Rec. gaz. des tribunaux*, 1<sup>er</sup> semestre, 2. 323, avec les conclusions de M. le substitut Pottier.

ment encore, persistant dans cette jurisprudence par un arrêt du 19 mars 1906, elle a cassé également l'arrêt de la Cour de Dijon du 2 décembre 1903, qui avait reconnu le droit de préférence des héritiers créanciers du rapport (1).

De son côté la Cour de Lyon devant laquelle la Cour de cassation avait renvoyé l'arrêt de la Cour de Besançon, a jugé de cette dernière Cour d'appel, en décidant que le prix des immeubles licités devait revenir aux héritiers créanciers du rapport, et non pas au créancier hypothécaire de l'héritier qui en était tenu (2). Ce dernier arrêt ayant lui-même été frappé de pourvoi, qui a été admis par la Chambre des Requêtes à la date du 9 mai 1906. La question va être à nouveau posée devant la Cour de cassation qui statuera toutes chambres réunies.

Quant à la doctrine, les opinions les plus divergentes y sont également développées.

M. de Loynes, qui avait déjà essayé de protester contre l'arrêt de 1887, s'élève contre la thèse soute-

---

1. Cass., 21 juin 1904. *Gaz. du Palais*, 1904. 2. 148. *Le Droit*, 16 juillet 1904, avec un rapport de M. le conseiller Rau. S. 1905. 1. 273. — Cass., 19 mars 1906. *Gaz. des tribunaux*, 1906. 1. 191.

2. Lyon, 29 mars 1905. *Le Droit*, 15 et 16 mai 1905. S. 1905. 2. 243.

nue par la Cour de Caen et aujourd'hui admise par la Cour de cassation (1).

D'autre part, MM. Giraud et Pilon ont protesté hautement contre les conséquences que la Cour de cassation veut tirer de la nouvelle jurisprudence (2).

Mais en sens contraire nous rencontrons M. Wahl, qui dans une série de notes remarquables parues dans *Sirey*, s'efforce de justifier la jurisprudence de la Cour de cassation (3).

## II

Ce qui vient augmenter la difficulté, c'est que divers auteurs, et la plupart des arrêts rendus sur la question semblent considérer la solution qu'ils adoptent comme la conséquence logique du caractère qu'ils reconnaissent à la licitation.

---

1. D. 1900. 2. 49, note.

2. Giraud. *Revue trimestrielle du droit civil. De l'effet de la licitation à un étranger.* — Eustache Pilon. *Licitation au profit d'un étranger, rapport de dettes.* *Revue trimestrielle du droit civil*, 1905, p. 669 et suiv. — En ce sens *J.N.* 1900, p. 105. — 1902, p. 8 et Livache. — *Considération sur le caractère et les effets de la licitation dans l'ensemble des opérations qui constituent le partage et la liquidation définitive des indivisions.* Donfront Gaigé, 1904. — Charbonnier. *Les hypothèques sur part indivise et les collocations sur part virile.* Thèse précitée.

3. S. 1905. 2. 89, note sous Besançon et Dijon, précité.

S. 1905. 1. 372, sous Cass., 21 juin 1904, précité.

C'est ainsi que M. de Loynes, et avec lui plusieurs Cours d'appel continuent à soutenir, dans le sens de la jurisprudence de la Cour de cassation avant 1887, que la licitation tranchée au profit d'un tiers vaut partage lorsqu'elle est le préliminaire forcé de la liquidation et est destinée uniquement à la faciliter, et cette solution leur paraît s'imposer, sinon la situation du créancier hypothécaire serait préférable à celle des cohéritiers créanciers du rapport, et par suite ces derniers subiraient une lésion qui romprait l'égalité entre copartageants.

De son côté la Cour de cassation, approuvée par M. Wahl, fait découler le droit de préférence du créancier hypothécaire de ce que la licitation tranchée au profit d'un tiers a le caractère d'une vente et non pas d'un partage.

Pour nous, qui avons refusé de reconnaître le caractère du partage à la licitation tranchée au profit d'un tiers, nous ne pouvons pas admettre le fondement de l'opinion émise par M. de Loynes et diverses Cours d'appel.

Cependant nous ne saurions admettre la théorie de la Cour de cassation, qui donne la préférence au créancier hypothécaire, car elle nous paraît absolument contraire à l'équité et au droit.

Par suite tout en admettant que la licitation tranchée au profit d'un tiers vaut vente, ainsi que le déclare la Cour de cassation, nous nous rallierons

à la solution admise par la plupart des Cours d'appel et développée par MM. Giraud et Pilon dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, et nous reconnaitrons avec eux que les cohéritiers créanciers d'un rapport en moins prenant doivent être préférés aux créanciers hypothécaires de l'héritier débiteur de ce rapport.

### III

Tout d'abord il faut remarquer que la solution adoptée par la Cour de cassation peut paraître étrange, et entraîner des conséquences absolument contraires à l'équité. En effet voici un héritier qui est débiteur envers la succession de sommes supérieures à la part qu'il a à recueillir dans l'actif successoral, et par suite ne peut pas émettre la prétention de toucher quelque chose dans cette succession, et qui pourrait cependant en constituant des hypothèques valables sur les immeubles qui la composent, se créer une source de crédit.

Prenons un exemple très simple.

Une personne décède laissant ses deux enfants pour recueillir sa succession. De son vivant le père avait prêté à l'un deux une somme de 50.000 francs, à l'autre rien. La succession comprend uniquement un immeuble qui est licite et adjugé 50.000 francs à un tiers.

La masse à partager se compose donc :

|                             |               |
|-----------------------------|---------------|
| 1° du prix de l'immeuble. . | 50.000 fr.    |
| 2° du montant du rapport .  | <u>50.000</u> |
| Total . . .                 | 100.000 fr.   |

dont il revient moitié à chacun des cohéritiers, soit 50.000 francs.

Si la liquidation a lieu purement et simplement, et si rien ne vient la compliquer, il sera attribué dans le partage à l'enfant non débiteur, le prix de l'immeuble soit 50.000 francs, et l'autre cohéritier sera rempli de ses droits par l'attribution en moins prenant du montant du rapport de dette qu'il doit effectuer à la succession, soit 50.000 francs.

En un mot le montant de la dette de l'héritier étant égal à sa part dans la succession, cet héritier n'a aucun droit sur le prix de l'immeuble qui en dépend.

Mais si pendant la période d'indivision cet héritier a constitué sur l'immeuble commun une hypothèque au profit de l'un de ses créanciers pour sûreté d'une obligation de 25.000 francs par exemple, et si l'immeuble est adjugé à un étranger, la Cour de cassation vient prétendre que cette hypothèque est valable, en sorte que l'autre héritier, auquel le rapport est dû, touchera seulement la moitié du prix d'adjudication, soit 25.000 francs, l'autre moitié revenant au créancier hypothécaire, et comme la part de cet héritier dans la succession est de 50.000 francs il se

verra réduit à une action purement chirographaire contre son cohéritier pour le paiement du surplus de sa part, action qui sera illusoire si l'héritier débiteur est insolvable.

Et la Cour de cassation, ainsi que les auteurs qui partagent son opinion, trouvent équitable qu'il en soit ainsi (1).

Ainsi que le dit très bien M. Pilon : « Dites que  
« cette solution est légale, nous verrons dans un ins-  
« tant si cela est vrai, mais ne dites pas qu'il est  
« équitable qu'un enfant qui n'a rien dans une suc-  
« cession que des dettes, puisse absorber ou diminuer  
« la part de son cohéritier en hypothéquant l'immeu-  
« ble qui constitue la part successorale de ce der-  
« nier. »

Cependant la Cour de cassation, et les auteurs qui partagent son opinion, prétendent que, puisqu'il y a une des parties qui doit être lésée, la situation du créancier hypothécaire est aussi digne d'intérêt que celle des héritiers auxquels le rapport est dû, et que par suite on ne peut pas reprocher à la thèse de la Cour de cassation d'être contraire à l'équité.

« On peut en tout cas, dit M. Wahl, dire avec  
« autant de vérité qu'il y a un intérêt social à ce que  
« chaque propriétaire trouve du crédit en attendant  
« que la succession soit liquidée ; l'héritier peut avoir

---

1. *Revue trimestrielle du droit civil*, 1903, précité, p. 674.

« besoin de fonds, la possibilité de constituer une  
« hypothèque sur un immeuble indivis malgré l'éven-  
« tualité d'une attribution au profit d'un cohéritier,  
« laquelle enlèvera tout effet à l'hypothèque, lui per-  
« mettra de se les procurer, mais à la condition que  
« le créancier ait le droit de compter qu'une adjudi-  
« cation au profit d'un tiers lui laissera tout le béné-  
« fice de l'hypothèque (1). »

Il est certain qu'il y a un intérêt social à ce qu'une personne qui est propriétaire d'un immeuble puisse trouver du crédit en constituant une hypothèque sur les immeubles qui lui appartiennent, et il serait profondément regrettable et injuste que cette personne ne pût trouver un prêteur qui lui fournirait les fonds dont elle a besoin, par suite du caractère absolument aléatoire de l'hypothèque qu'elle pourrait donner en garantie de sa dette. Mais pour quela situation de cet héritier soit véritablement intéressante, il faut qu'il ait à toucher une portion de l'actif indivis. Et l'on peut dire, pour répondre à l'opinion de M. Wahl, qu'il y a aussi un intérêt social à ce qu'une personne qui n'a absolument rien que des dettes, puisse se créer un crédit factice et frauduleux, en hypothéquant des immeubles, alors que cette personne sait parfaitement qu'aucune fraction du prix ne lui reviendra.

---

1. Wahl, note sous Besançon, 15 novembre 1901, S. 1905, 2. 89, page 91, col. 3.

Ainsi que le dit M. Pilon : « Tout d'abord s'il est  
« vrai de dire qu'il y a un intérêt social à ce qu'un  
« propriétaire trouve du crédit, cela ne peut et ne  
« doit s'appliquer qu'à celui qui est effectivement  
« propriétaire. Autant il est juste qu'un héritier qui  
« est appelé à recueillir une part dans une succes-  
« sion trouve du crédit au moyen d'immeubles indivis,  
« autant il est injuste de procurer du crédit sur ces  
« mêmes immeubles à un héritier qui par suite du  
« rapport de dettes ne peut avoir droit à aucune frac-  
« tion de ces immeubles. Et s'il y a un intérêt social  
« en jeu, c'est bien plutôt pour mettre obstacle à  
« ces moyens de crédit frauduleux et factices (1). »

Au surplus le créancier hypothécaire qui a consenti un prêt à un héritier et a accepté pour sûreté de ce prêt une hypothèque sur un immeuble indivis a été fort imprudent, et si l'hypothèque ne frappe pas l'immeuble, il n'a qu'à s'en prendre à sa légèreté. Pourquoi accepter une sûreté aussi fragile ? Ce n'est pas un placement de tout repos, et le créancier hypothécaire en consentant le prêt a dû envisager le cas où son hypothèque serait résolue, cas dans lequel sa créance deviendrait purement chirographaire.

Si l'immeuble avait été adjugé à un autre cohéritier, son hypothèque, par suite de l'effet déclaratif

---

1. Pilon. *Revue trim. du droit civil*, précité, p. 675.

de la licitation, n'aurait pas grevé l'immeuble, et la sûreté qui garantissait sa créance serait anéantie.

Aussi tout prêteur sérieux ne consent pas de prêt dans ces conditions. C'est pourquoi le Crédit Foncier de France n'en veut pas faire, et que les notaires ne conseillent jamais à leurs clients d'accepter une garantie semblable.

Mais M. Wahl trouve suffisant pour expliquer le prêt du créancier hypothécaire, que ce créancier ait eu le droit de compter qu'une adjudication au profit d'un tiers lui laisserait le bénéfice de son hypothèque. Il faut avouer que ce créancier a une bien étrange façon de faire ses affaires, et n'est pas trop à plaindre si l'hypothèque qui garantissait sa créance n'a aucune valeur, car il devait bien s'attendre à cette éventualité.

Du reste si l'argument qu'invoque M. Wahl a une apparence de raison en ce qui concerne les créanciers à hypothèque spéciale, qui ont consenti le prêt par le même acte qui leur conférait une hypothèque, et qui avaient par conséquent tout lieu de compter que cette hypothèque assurerait le recouvrement de leur créance, il ne saurait en être de même en ce qui concerne les créanciers à hypothèque générale. Ces derniers avaient eu confiance en leur débiteur et lui avaient consenti un prêt sans exiger de garantie. Postérieurement à ce prêt, étant dépourvus de titre exécutoire contre leur débiteur, ils ont obtenu du

Tribunal un jugement qui a condamné ce dernier à leur payer le montant de sa dette, et en vertu de ce jugement ils ont pris une inscription hypothécaire frappant tous les immeubles et par suite l'immeuble indivis jusqu'à concurrence de la part de cet héritier.

Or, si l'on peut dire que la présence de l'immeuble indivis dans le patrimoine de l'héritier débiteur a été la cause déterminante du prêt qui lui a été consenti par les créanciers à hypothèque spéciale dont le prêt était concomitant à la constitution de l'hypothèque, on ne saurait en dire autant des créanciers à hypothèques générales, qui ont commencé par avoir contre leur débiteur une créance purement chirographaire, et qui n'ont obtenu que bien postérieurement une hypothèque pour garantie de leur créance. Ces derniers créanciers n'ont donc nullement à se plaindre de ce que leur hypothèque ne frappe pas utilement l'immeuble, et que les cohéritiers du rapport en moins prenant leur soient préférés ; l'existence de l'hypothèque qu'ils avaient obtenue, était pour eux une bonne fortune, qui aurait bien pu ne pas se réaliser ; et par suite ils ne peuvent prétendre qu'ils subissent une lésion si l'on donne la préférence aux héritiers créanciers du rapport.

Nous savons parfaitement qu'il est impossible de faire une distinction entre les créanciers à hypothèque générale et les créanciers à hypothèque spéciale, mais les observations que nous venons de

présenter montrent manifestement, qu'au point de vue de l'équité, il n'y a nullement lieu de dire que le droit des créanciers hypothécaires est plus respectable que celui des héritiers créanciers d'un rapport en moins prenant, et que si l'on veut invoquer l'équité en faveur de l'une des parties, l'argument tourne plutôt en faveur des héritiers auxquels le rapport est dû.

Cependant les auteurs qui se rallient à la doctrine de la Cour de cassation, voulant prouver que leur théorie n'est pas contraire à l'équité, essaient de démontrer qu'il est facile aux héritiers créanciers du rapport d'éviter le préjudice qu'ils sont exposés à subir par suite de la présence du créancier hypothécaire. M. Wahl, très froidement, s'étonne des efforts des Tribunaux et des Cours d'appel tendant à faire préférer les cohéritiers créanciers du rapport aux créanciers hypothécaires de l'héritier qui en est débiteur, et déclare que ces efforts sont « d'autant plus singuliers qu'on peut proposer pour les cohéritiers créanciers plusieurs moyens d'empêcher le créancier hypothécaire de leur être préféré » (1).

Les moyens que M. Wahl propose sont au nombre de quatre, et pour en apprécier la valeur nous ne saurions mieux faire que de reproduire l'opinion de M. Wahl sur chacun d'eux ; ils seront immédiatement jugés.

---

1. Wahl, note sous Cass., 21 juin 1904 précité, p. 173. Col. 3, p. 274 et suiv.

Le premier de ces moyens consisterait à procéder à la liquidation antérieurement à la licitation de l'immeuble indivis, et à attribuer aux cohéritiers créanciers du rapport la part de l'héritier débiteur dans le prix à provenir de la licitation de l'immeuble hypothéqué. Cette attribution étant déclarative, l'hypothèque constituée par l'héritier débiteur du rapport ne grèverait pas le prix de l'adjudication de cet immeuble.

Nous avons étudié précédemment cette hypothèse et en avons signalé les inconvénients. M. Wahl lui-même reconnaît « que ce procédé n'est pas toujours susceptible d'être employé », que la liquidation préalable à la licitation présente des difficultés devant lesquelles on conçoit que les parties soient souvent forcées de reculer, et qu'enfin « il est bien difficile de comprendre dans le partage le prix de la licitation avant de savoir quel en sera le montant ».

Ensuite M. Wahl déclare « que l'un des cohéritiers créanciers du rapport peut se porter adjudicataire de l'immeuble. Ainsi l'adjudication étant « déclarative, les hypothèques constituées par l'héritier débiteur tombent rétroactivement ».

Ce moyen est très simple en effet, mais il ne va pas sans inconvénients, M. Wahl le reconnaît : « Ce « procédé, dit-il, est généralement moins pratique « encore que le précédent (ce n'est pas peu dire) car « les cohéritiers peuvent n'avoir ni le désir de se ren-

« dre acquéreurs de l'immeuble héréditaire, ni la possibilité de le mettre en exploitation. Ce moyen ne peut donc être conseillé qu'à titre exceptionnel. »

Un troisième moyen d'écarter les effets de l'hypothèque constituée par l'héritier débiteur du rapport indiqué par M. Wahl a été déclaré légal par le Tribunal civil de la Seine, dans un jugement du 12 avril 1904 (1). Il suffirait aux cohéritiers créanciers du rapport de faire inscrire dans les soixante jours qui suivront le partage même postérieur à la licitation le privilège de copartageant, que leur accorde l'article 2109 du Code civil pour le recouvrement du prix de cette licitation.

« Le privilège, dit le Tribunal civil de la Seine, inscrit dans les soixante jours, est rétroactif. Par conséquent il est censé être antérieur à l'hypothèque constituée par le débiteur du rapport, et le prélèvement peut ainsi être exercé à titre de rapport sur les portions du prix revenant au constituant sans qu'il y ait à se préoccuper de l'hypothèque. »

Malheureusement, M. Wahl déclare qu'il y a plusieurs erreurs dans l'argumentation du Tribunal civil de la Seine. Il va même jusqu'à méconnaître l'efficacité de ce troisième procédé.

« Du reste, dit-il, si le privilège accordé dans notre

---

1. *Gaz. du Palais*, 1904. 1. 669;—*Gaz. des trib.*, 3 septembre 1904.—V. aussi *Journ. Le Droit*, 14 décembre 1901.—Giraud, *Revue trim. du droit civil*, 1904. 1. 533 et suiv.

« cas était celui du copartageant, il ne primerait pas  
« les hypothèques. Sans doute on admet généralement  
« que le privilège du copartageant remonte rétro-  
« activement, non pas seulement au jour du partage  
« ou de la licitation, mais jusqu'au jour de la nais-  
« sance de l'indivision, et on conclut de là que les  
« hypothèques inscrites du chef du colicitant adjudica-  
« taire sont primées par le privilège du copartageant,  
« même si elles ont été inscrites avant les licitations.  
« Mais cette solution ne résulte pas de l'article 2109  
« qui fixe le rang du privilège du copartageant. Ce  
« texte montre simplement que le privilège, inscrit  
« dans les soixante jours, remonte au jour du partage  
« qui donne naissance à ce privilège. Elle paraît se  
« rattacher à l'idée que le partage étant déclaratif, les  
« attributions sont censées remonter au jour de l'ou-  
« verture de la succession. Or, lorsque l'adjudication,  
« sur licitation est prononcée au profit d'un étranger  
« elle n'est pas déclarative, et par conséquent l'ar-  
« ticle 2109 seul devant fixer le rang du privilège  
« du copartageant, ce privilège prend date au jour  
« même de la licitation, qui par hypothèse le fait  
« naître, il est donc primé par les hypothèques anté-  
« rieurement inscrites. »

Nous reviendrons plus tard sur ce sujet ; mais nous verrons si l'opinion de M. Wahl sur ce point est bien exacte ; il nous suffit néanmoins pour le moment de constater que M. Wahl lui-même reconnaît que ce

moyen, proposé comme le plus pratique, est inefficace.

Enfin le quatrième procédé que cite M. Wahl, et qui avait été proposé par le comité des notaires des départements (1), pour remédier aux inconvénients de la jurisprudence de la Cour de cassation, est celui-ci :

Il résulte des dispositions des articles 828, 830 et 831 du Code civil combinés, qu'avant de composer les lots, les parties procèdent devant le notaire aux comptes que les copartageants peuvent se devoir. Par conséquent s'il existe dans l'indivision des immeubles en nature, avant de composer des lots avec ces immeubles, les copartageants créanciers du rapport opèrent les prélèvements auxquels ils ont droit. Par suite, dit la circulaire du comité, et bien qu'en pratique la licitation précède les comptes, il est permis aux parties d'exiger que le tribunal se conformant à la loi ordonne la liquidation des droits et le règlement des comptes avant la licitation ; les héritiers créanciers du rapport prélèveront pour se remplir de leurs droits l'immeuble sur lequel l'héritier débiteur du rapport a constitué une hypothèque. Et ainsi l'attribution de l'immeuble ayant été faite par avance, l'héritier débiteur du rapport n'ayant plus rien à prétendre sur le prix entièrement absorbé par son rapport, les hypo-

---

1. Circulaire du 18 septembre 1901.

thèques qu'il a constituées ne sont pas opposables à ses cohéritiers créanciers du rapport.

Mais M. Wahl déclare que ce procédé n'est ni efficace ni légal.

Ce moyen, d'après lui, est d'abord inefficace, car tous les cohéritiers étant créanciers du rapport, il serait nécessaire, l'immeuble étant d'ordinaire impartageable, qu'on leur attribue indivisément cet immeuble. Car la jurisprudence de la Cour de cassation est encore hésitante sur le point de savoir si l'attribution d'un immeuble faite indivisément à plusieurs cohéritiers produit l'effet déclaratif. D'autre part l'attribution de l'immeuble faite indivisément peut être fort inutile aux autres cohéritiers qui se trouvent alors eux-mêmes dans l'indivision et qui seront obligés de procéder à un deuxième partage, ce qui entraînera des frais et de nouvelles complications.

Ce moyen est illégal, car, ainsi que nous l'avons montré, pour que l'on puisse intervertir l'ordre des opérations du partage tel qu'il a été établi par la loi, et que les comptes entre cohéritiers précèdent la licitation il faut que tous les cohéritiers soient majeurs et y consentent. Si donc tous les cohéritiers capables ne sont pas d'accord pour procéder ainsi, il est impossible d'employer légalement le moyen proposé par le comité des notaires.

Par conséquent des quatre moyens proposés aux

cohéritiers créanciers du rapport pour écarter l'effet de l'hypothèque constituée par l'héritier débiteur aucun n'est pratiquement utilisable ; les auteurs qui les préconisent le reconnaissent sans peine. Par suite si le créancier hypothécaire est préféré aux cohéritiers créanciers du rapport, ces derniers subiront un préjudice et verront leur échapper une portion de la succession à laquelle ils étaient en droit de prétendre, sans qu'ils puissent prendre une mesure quelconque pour éviter cette éventualité, et l'égalité qui devait régner entre les copartageants n'existera plus.

Cependant les auteurs qui se rallient à la théorie de la Cour de cassation nient contre toute évidence que cette égalité est rompue, et que, bien que le créancier hypothécaire absorbe toute la part de son débiteur dans l'immeuble commun, les cohéritiers créanciers du rapport ne subissent néanmoins aucune lésion apparente qui romprait l'égalité entre les copartageants.

« Du reste, dit M. Wahl (1), il n'est même pas  
« vrai qu'on lèse ainsi le principe de l'égalité ; les  
« cohéritiers qui ne sont pas entièrement remplis du  
« rapport sur les biens héréditaires gardent une  
« action personnelle pour le surplus contre leur débi-  
« teur. »

Se contenter de cette action personnelle contre

---

1. Wahl, sous Besançon et Dijon précités, p. 91, col. 3.

l'héritier débiteur du rapport pour rétablir l'égalité entre les cohéritiers, c'est véritablement se contenter de bien peu. Le plus souvent le cohéritier qui doit le rapport est insolvable ; et si ses cohéritiers n'ont contre lui qu'une action personnelle pour recouvrer ce qui leur est dû, ils ont bien des chances de n'être jamais payés. Leur action serait plus théorique que pratique, et il faut avouer que ce serait une bien piètre garantie que leur aurait donnée la loi, qui cependant a tout fait pour maintenir l'égalité entre les copartageants.

Ainsi au point de vue de l'équité, en présence des deux droits inconciliables des cohéritiers créanciers du rapport et du créancier hypothécaire de l'héritier qui en est débiteur, nous n'hésitons pas à sacrifier ce dernier, et nous ne saurions trop protester contre la théorie de la Cour de cassation qui, contrairement à l'esprit même de la loi, donne la préférence au créancier hypothécaire, qui cependant ne pouvait pas ignorer le caractère aléatoire de l'hypothèque qui lui était confiée tandis que les cohéritiers auxquels le rapport est dû sont sans défense devant cette situation qu'ils n'ont pas créée et qu'ils ont ignorée.

#### IV

Voyons maintenant si la théorie de la Cour suprême est tout au moins rigoureusement juridique.

Si au point de vue du droit la question paraît un peu obscure, c'est que les partisans de chaque théorie prétendent tirer la solution qu'ils donnent au problème du caractère qu'ils reconnaissent à la licitation.

La Cour de cassation et les auteurs qui partagent sa doctrine prétendent que le droit de préférence du créancier hypothécaire provient de ce que la licitation tranchée au profit d'un tiers est une vente pure et simple.

Au contraire nombre d'auteurs et de Cours d'appel veulent que le droit de préférence des cohéritiers créanciers du rapport découle de ce que la licitation produit un effet déclaratif à l'égard des copartageants.

En partant de ces principes absolus les partisans de la théorie de la Cour de cassation n'ont pas de peine à réfuter cette dernière opinion, qui n'est pas admissible en présence des termes restrictifs de l'article 883.

Par conséquent si l'on veut reconnaître un droit de préférence aux cohéritiers créanciers du rapport, il faut chercher d'autres arguments.

Quant à nous, tout en reconnaissant que le principe admis par la Cour de cassation est exact, c'est-à-dire que la licitation vaut vente, nous prétendons cependant, sans demander, ainsi que le font certains auteurs, une modification législative, repousser les

conséquences qui en sont tirées par les arrêts de 1904.

En effet il ne suffit pas de tirer rigoureusement d'un principe exact les conséquences qui paraissent en découler, il faut aussi voir si ces conséquences ne vont pas à l'encontre du but même de la loi.

Car il est certain que la thèse admise par la Cour de cassation est en contradiction absolue avec le but qu'a recherché le législateur, et qui était de faire régner entre copartageants une égalité parfaite.

Ainsi que nous l'avons vu, certains auteurs prétendent qu'il n'est pas contraire à l'équité de donner la préférence au créancier hypothécaire, car les cohéritiers auxquels le rapport est dû conservent contre l'héritier débiteur une action personnelle pour le montant de ce rapport.

Mais il faut bien remarquer que le législateur en autorisant les cohéritiers créanciers d'un rapport en moins prenant à opérer sur la masse indivise un prélèvement égal au montant de ce rapport a précisément voulu éviter que les cohéritiers fussent réduits à une action personnelle purement chirographaire et fussent exposés ainsi à subir le risque de l'insolvabilité de leur cohéritier débiteur.

Prenons un exemple qui explique le mécanisme du rapport et donne d'une façon évidente la raison de son utilité.

Une personne décède laissant deux héritiers, Pri-

mus et Secundus. La succession se compose de 90.000 fr. de valeurs et d'une créance de 10.000 fr. contre l'un des héritiers, Primus, soit un total de 100.000 francs.

Si le rapport de dette n'existait pas, la liquidation s'opérerait ainsi : En vertu de l'article 1220 du Code civil les créances successorales se partageraient de plein droit entre les héritiers. Par suite chacun d'eux prendrait la moitié des valeurs, soit 45.000 fr., et la créance de 10.000 francs contre Primus se diviserait entre Primus et Secundus. Primus serait créancier de 5.000 francs sur lui-même, créance qui s'éteindrait par confusion, et Secundus aurait une créance de 5.000 francs contre Primus. Mais Primus peut être insolvable, en sorte que la créance de Secundus contre lui peut ne pas être remboursée. Par suite la part que Secundus devait recueillir dans la succession, et qui devait être de 50.000 francs, sera seulement de 45.000 francs. Secundus peut donc être exposé à subir une lésion, tandis que Primus, qui avait déjà reçu du vivant de la personne décédée une somme de 10.000 francs à titre de prêt, est appelé à recueillir encore 45.000 francs dont il a pu disposer, et qu'il a pu déléguer à ses créanciers avant que Secundus ait pu prendre des mesures pour assurer le recouvrement de sa créance. Ainsi la part de Primus qui devait être de 50.000 francs s'élève à  $45.000 + 10.000$ , soit 55.000 francs.

C'est précisément pour éviter à Secundus ce risque, et pour maintenir l'égalité entre les copartageants, que le rapport de dette a été établi (1). Et c'est pour cela que Secundus est autorisé à prélever avant tout partage une somme de 10.000 francs égale au montant du prêt consenti à Primus. Ensuite le reliquat de la succession, soit 80.000 francs, est partagé par parts égales entre les deux cohéritiers, de sorte que Secundus est ainsi assuré de recueillir les 50.000 francs qui représentent sa part dans la succession.

Il est donc bien exact de dire que si le droit de prélèvement avant tout partage est refusé aux cohéritiers créanciers d'un rapport, et si on leur préfère les créanciers de l'héritier qui en est débiteur, on méconnaît le principe d'égalité entre copartageants qu'a recherché le législateur.

D'autre part les espèces qui se sont présentées jusqu'à présent en jurisprudence, et qui ont notamment fait l'objet des arrêts de la Cour de cassation de 1904 et de 1906, étaient toutes relatives à des rapports de dettes.

Or le droit de préférence du créancier hypothécaire paraît résulter de ce que les cohéritiers créanciers du rapport sont assimilés à des créanciers chi-

---

1. Ce que nous disons au sujet du rapport de dette est également applicable à tout rapport en moins prenant.

rographaires purs et simples par les partisans de la doctrine de la Cour de cassation.

Mais supposons pour un instant qu'au lieu d'être tenu d'un rapport de dette, l'un des héritiers soit débiteur du rapport d'une donation de somme d'argent qui lui aurait été faite par le défunt.

Ce rapport de don comme celui de dette s'exercera toujours en moins prenant.' Or au cas de rapport d'une libéralité, ainsi que le fait observer M. Pilon, les cohéritiers créanciers de ce rapport n'ont pas à subir le concours des créanciers de l'héritier qui en est débiteur.

Par conséquent si dans les espèces qui ont été soumises à la Cour de cassation en 1904 et 1906 il s'était agi d'un rapport de don au lieu d'un rapport de dette, nulle doute que la Cour suprême n'eût donné la préférence aux cohéritiers créanciers du rapport (1).

Or, « il est absolument certain, dit M. Planiol (2),  
« par toute l'histoire de notre jurisprudence en cette  
« matière, que l'obligation de rapporter les dettes  
« n'est qu'une suite et une application des dons et  
« des avantages indirects faits par le défunt. On a  
« considéré que le père, qui prête de l'argent à son  
« fils et qui n'en exige pas le remboursement pendant

---

1. Voir Pilon. *Revue trimestrielle du droit civil*, préc. p. 679.

2. Planiol. *Traité élémentaire de droit civil*, 2<sup>e</sup> édit., n° 2301.

« sa vie, lui fait une donation en avancement d'hoirie  
« et que le prêt qu'il lui fait ainsi ne peut pas être  
« assimilé à un prêt fait à un étranger. Ce serait  
« d'ailleurs rompre l'égalité entre les enfants que de  
« laisser à l'un l'argent comptant tandis que les  
« autres seraient réduits à une action contre lui ».

Le rapport de cette dette a été établi dans le même but que le rapport de don, pour maintenir l'égalité entre les copartageants. Il doit donc avoir le même caractère et produire les mêmes effets.

Dès lors puisqu'il y a « identité de but, de moyens et d'effets entre les deux rapports », nous pouvons dire que les cohéritiers créanciers d'un rapport de dette, de même que les cohéritiers créanciers d'un rapport de don, peuvent se payer sur la masse indivise du montant de ce rapport par préférence aux créanciers même hypothécaires de l'héritier débiteur, et ne sauraient en aucune façon être assimilés à des créanciers ordinaires.

## V

Ainsi la thèse de la Cour de cassation, déjà contraire à l'équité, est également contraire à l'esprit même de la loi.

Est-elle tout au moins en concordance avec les textes du Code civil ?

La Cour de cassation prétend justifier sa doctrine d'une façon très simple.

« Ne produisant pas l'effet déclaratif, dit M. Wahl,  
« la licitation prononcée au profit d'un étranger a les  
« caractères juridiques d'une vente ; le prix de cette  
« vente se divise donc entre les vendeurs, c'est-à-dire  
« les copropriétaires, dans la mesure où ils étaient  
« copropriétaires de l'immeuble (C. civ., art. 1220) ;  
« sur la part de chacun dans le prix, ces créanciers  
« hypothécaires inscrits sur l'immeuble peuvent  
« exercer leurs droits hypothécaires. Le partage ulté-  
« rieur ne produit pas l'effet déclaratif, car l'effet  
« déclaratif s'applique uniquement aux valeurs héré-  
« ditaires, et le prix de licitation n'est pas et ne sau-  
« rait être, sans qu'on le considérât comme étant  
« subrogé réellement à l'immeuble ce que rien n'au-  
« torise, une valeur héréditaire, mais au contraire  
« une valeur née postérieurement à l'indivision. De  
« même donc que, par une conséquence logique de  
« cette idée, l'attribution du prix à l'un des copar-  
« tageants compensée par l'attribution de biens  
« héréditaires aux autres copartageants ne fait pas  
« disparaître les hypothèques inscrites du chef de ces  
« derniers sur l'immeuble, et ceci personne ne le con-  
« teste étant donné qu'il n'y a pas effet déclaratif, de  
« même, par [une conséquence également logique,  
« l'attribution du prix à certains des copartageants  
« en paiement des rapports dus par les autres ne

« fait pas disparaître les hypothèques provenant de  
« ces derniers (1). »

Ainsi présentée cette théorie a l'apparence d'être rigoureusement conforme aux textes du Code civil.

Et il faut reconnaître que certains arguments qu'on a invoqués contre elle sont en réalité peu sérieux.

C'est ainsi que la Cour de Bourges, dans son arrêt du 28 mai 1902, pour démontrer que le droit des cohéritiers créanciers du rapport est préférable à celui des créanciers hypothécaires, prétendait « que  
« la créance et la dette que l'un des héritiers copar-  
« tageants peut avoir vis-à-vis de la succession sont  
« réputées s'être compensées au jour même de l'ou-  
« verture de la succession bien qu'alors elles ne  
« fussent pas également liquides, et que notamment  
« la créance n'ait été liquidée qu'ultérieurement au  
« cours des oppositions du partage (Cass., 28 févr.  
« 1866 .S.1866.1.185 ; P.1866.497) ; que par suite  
« l'héritier débiteur est censé n'avoir jamais eu la  
« propriété des immeubles que son créancier person-  
« nel soutient à tort avoir été frappés par son inscrip-  
« tion hypothécaire ».

Les partisans de la théorie de la Cour de cassation n'ont pas de peine à réfuter cet argument.

En effet s'il est admis aujourd'hui, ainsi que l'a

---

1. Wahl, sous Besançon et Dijon, préc. S. 1905. 2. 89, col. 3.

décidé un arrêt de la Cour de cassation du 30 juillet 1900 (S. et P. 1902.1.177), que la compensation s'opère de plein droit entre la dette d'un héritier, tenu d'un rapport en moins prenant, et les créances qu'il peut avoir contre la succession, s'il a même été jugé que cette compensation n'exige pas la liquidité des créances (Cass., 28 févr. 1866 précité), il ne s'ensuit pas pour cela que la compensation s'opère de plein droit entre la créance des héritiers auxquels le rapport est dû, et la part de l'héritier débiteur jusqu'à concurrence du montant du rapport.

De fait pour que la compensation pût s'opérer efficacement, il faudrait qu'elle ait lieu dès l'ouverture de la succession. Mais à cette époque si la succession est purement immobilière, il y a une impossibilité absolue à la compensation par suite du manque de fongibilité des deux créances. Il est en effet impossible de compenser la créance des héritiers auxquels le rapport est dû, qui est en cas de rapport de dette une créance de somme d'argent, avec la créance de l'héritier débiteur, qui est une part de copropriétaire dans un immeuble indivis. Aussi l'arrêt de 1900 comme les arrêts qui l'ont précédé se sont bien gardés de dire que la compensation avait lieu dès l'ouverture de la succession, et ce qu'ils entendent par compensation paraît être le droit de prélèvement des cohéritiers créanciers du rapport sur les biens

héréditaires ; les biens qui sont attribués aux héritiers créanciers paraissent être compensés avec la dette de leur cohéritier.

Au surplus le prix d'adjudication de l'immeuble licité n'est pas une valeur héréditaire, mais au contraire est né directement au profit de chaque héritier. Par conséquent, la compensation étant impossible tant que l'immeuble existe en nature, lorsqu'il a pu être question de compensation, chaque héritier s'est trouvé nanti de la portion du prix correspondant à sa part de copropriété dans l'immeuble, portion dont il a pu disposer avant l'adjudication au profit d'un créancier hypothécaire. Aussi l'héritier débiteur du rapport a pu rendre la compensation impossible, puisque lors de la naissance du prix ses droits sur l'immeuble appartenaient à ses créanciers hypothécaires.

D'autre part la Cour de Dijon soutient que le prix de l'adjudication ne se divise pas de plein droit entre les cohéritiers conformément à l'article 1220 du Code civil, et que par suite le prix n'appartient qu'aux héritiers auxquels il a été attribué, les autres étant censés n'avoir jamais eu de droit sur lui.

« Attendu, dit-elle, qu'on objecterait vainement en invoquant les dispositions de l'article 1220 du Code civil que la créance du prix s'est divisée de plein droit entre tous les cohéritiers ; qu'en effet cet article suppose une créance qui a pris naissance au

profit de l'auteur des ayants droit et leur a été transmise par suite de son décès, et qu'il ne peut dès lors être invoqué, lorsqu'elle est la conséquence d'une convention intervenue directement entre les parties, lesquelles doivent être présumées n'avoir stipulé que suivant l'étendue de leurs droits respectifs (1). »

Bien que nous ne considérions pas le prix d'adjudication comme une valeur héréditaire, nous ne saurions cependant accepter la portée de cet argument.

L'article 1220 du Code civil en effet dit simplement que l'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible; et sa divisibilité ne s'applique qu'aux héritiers de l'un ou de l'autre.

Mais cet article ne paraît envisager que le cas où il est un seul créancier et un seul débiteur, et il est aujourd'hui presque unanimement admis que lorsqu'il y a dès l'origine plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, la créance et la dette, si l'obligation est divisible, se partagent immédiatement et de plein droit au profit des différents créanciers ou à la charge des différents débiteurs. Or comme il s'agit ici d'une créance essentiellement divisible, puisqu'il s'agit d'une somme d'argent, cette créance est bien née divisée entre les créanciers, en l'espèce entre les cohéritiers, et chacun d'eux est bien propriétaire

---

1. Dijon, 3 décembre 1903, précité.

dès le jour de la licitation d'une portion divise du prix correspondant à sa part de propriété dans l'immeuble licité.

Est-ce à dire cependant qu'à défaut d'arguments juridiques à invoquer à l'appui de notre thèse, nous soyons forcé de nous rallier à la doctrine de la Cour de cassation ? Loin de là.

Tout d'abord il est un principe fondamental du droit d'après lequel les créanciers d'une personne ne peuvent pas avoir plus de droits qu'elle-même.

Par conséquent si l'on étend ce principe que la Cour de cassation a même consacré formellement dans un arrêt de 1892 (Cass., 29 mars 1892. S. 96 .1. 497. D.93.1.168) à l'hypothèse qui nous intéresse, on arrive à dire que, lorsqu'un immeuble indivis est adjugé sur licitation à un étranger, les créanciers hypothécaires de l'un des héritiers ne peuvent émettre la prétention de voir leurs hypothèques frapper le prix de l'immeuble licité qu'autant que leur débiteur a droit à une portion de ce prix.

Par suite, si le rapport dont est tenu l'un des héritiers absorbe la part entière de cet héritier dans la succession, et si par suite le prix entier de l'immeuble est attribué aux cohéritiers créanciers du rapport, les créanciers hypothécaires de l'héritier débiteur inscrits sur l'immeuble licité ne peuvent prétendre à aucune portion de ce prix.

Du reste c'est cette théorie qu'avait admise la

Cour de cassation dans l'arrêt du 29 mars 1892 précité qui, bien qu'intervenu dans une hypothèse différente de celle que nous étudions, puisque l'adjudication avait eu lieu au profit d'un colicitant, n'en donne pas moins beaucoup de force à notre argumentation. « Attendu, dit cet arrêt, qu'E. H... « n'ayant été saisi de sa part dans la succession « qu'à la charge du rapport de dettes, ses créanciers « personnels ne peuvent avoir plus de droits que « lui-même. »

Par conséquent si l'on attribuait aux créanciers hypothécaires de l'héritier débiteur d'un rapport de dette, qui absorbe sa part dans la succession, une portion quelconque du prix de l'immeuble, ce serait, ainsi que le dit très bien M. Pilon, attribuer à cet héritier, en la « personne de ses créanciers, une part « de la succession à laquelle il n'a pas droit ».

Si cet héritier n'avait contracté aucune obligation envers des tiers, le prix de l'immeuble serait attribué en entier aux cohéritiers créanciers du rapport, et l'héritier qui en est tenu, ne pourrait prétendre à aucune part de la succession liquidée.

D'autre part, bien que l'héritier ait hypothéqué sa part dans l'immeuble indivis, si cet immeuble est adjugé à l'un des autres cohéritiers, les hypothèques par lui consenties ne grèvent pas le prix d'adjudication par suite de l'effet déclaratif de la licitation. Ces créanciers personnels inscrits sur l'immeuble ne

peuvent donc prétendre à aucune portion du prix qui sera en entier attribué aux cohéritiers créanciers du rapport.

Et alors la Cour de cassation vient soutenir que si l'adjudication est tranchée au profit d'un tiers étranger, l'héritier débiteur du rapport, ou plutôt ses créanciers personnels, pourront, alors qu'il ne revenait absolument rien à leur auteur dans la succession, toucher néanmoins une portion du prix de l'immeuble licité.

Cette prétention est bien étrange, contraire à tout esprit d'équité, et renverse absolument tous les raisonnements établis jusqu'à présent sur le fondement de la maxime rapportée plus haut, que nul ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même.

Et, en l'espèce, quel droit l'héritier débiteur pouvait-il transmettre à ses créanciers ? A quelque point de vue que l'on se place, il n'a rien à recueillir dans la succession ; il n'a en somme qu'un titre nu, ne correspondant à aucune réalité, et malgré tout il pourrait déléguer une partie de la succession à des tiers, cela est véritablement inadmissible.

M. Wahl, cependant, prétend « qu'il y a là un oubli complet des effets de l'hypothèque » .

A cette objection nous répondrons avec M. Pilon que, « pour hypothéquer un immeuble, il faut d'abord en posséder un ». Et par suite pour que les hypothè-

ques consenties par l'héritier débiteur du rapport et inscrites sur l'immeuble indivis soient valables, il faudrait que l'immeuble appartint à cet héritier pour partie tout au moins.

Nous avons reconnu tout à l'heure que le point de départ de l'opinion de la Cour de cassation était exact, et qu'« à la propriété indivise de la chose licite succède alors la propriété du prix de vente divisée conformément à l'article 1220 du Code civil » ; c'est-à-dire, ainsi que le déclare M. Labbé (S. 1889. 1. 193), proportionnellement à la part de copropriété de chacun des indivisaires sur la chose commune.

Mais à quoi correspond la part de copropriété de l'héritier dont toute la part dans l'actif successoral est absorbée par le montant du rapport en moins prenant dont il est tenu ?

Il faut éviter de tomber dans l'erreur de croire que la part de copropriété de chaque héritier dans l'immeuble indivis est déterminée d'une façon mathématique par la qualité héréditaire de chacun des ayants droit, en sorte qu'en supposant trois héritiers du même degré, chacun d'eux serait propriétaire du tiers de l'immeuble et par suite du tiers du prix qu'aurait produit la licitation.

Au contraire, la part de copropriété est essentiellement variable, et correspond à l'intérêt qu'a chaque héritier dans la masse à partager.

Par conséquent, si la part de l'un des héritiers est

absorbée en entier par un rapport en moins pre-nant, et si par suite cet héritier n'a rien à prétendre dans l'actif successoral, puisque tout cet actif doit être mis dans les lots des autres héritiers pour les remplir de leurs droits, il est bien évident que l'intérêt de l'héritier débiteur dans la succession est nul, et que par suite sa part de copropriété est également nulle.

Donc si l'héritier débiteur a hypothéqué l'immeuble indivis, il a hypothéqué l'immeuble d'autrui, puisqu'il n'a aucun droit sur cet immeuble, et les droits réels qu'il a consentis sur sa part dans l'immeuble commun ne frappent pas cet immeuble, et ne grèvent pas le prix qu'a produit sa licitation.

Cependant M. Wahl objecte encore que « soutenir que le rapport est opposable aux créanciers hypothécaires, c'est revenir à l'idée que l'adjudication est déclarative et que le créancier hypothécaire est censé n'avoir jamais eu d'hypothèque. Le créancier a acquis définitivement des droits que son débiteur lui-même ne peut sacrifier : il a donc plus de droits que son auteur » (Wahl, *op. et loc. cit.*, p. 90, col. 2).

A l'objection ainsi présentée nous répondons que nous ne soutenons nullement que l'adjudication au profit d'un étranger soit déclarative ; nous répétons au contraire que c'est purement et simplement une vente.

Par conséquent les créanciers hypothécaires de chaque héritier peuvent prétendre toucher la part du prix d'adjudication correspondant à la part héréditaire de leur débiteur. Mais ce que nous prétendons, c'est que, si par suite d'un rapport en moins prenant la vocation héréditaire de l'héritier débiteur est nulle, les créanciers hypothécaires de cet héritier ne peuvent prétendre à aucune portion du prix de l'immeuble, car leur droit est égal à la part de leur débiteur, et que cette part n'existe pas.

Ainsi l'héritier débiteur du rapport n'ayant rien à recueillir dans la succession à liquider, ses cohéritiers créanciers commencent par prélever sur le prix de l'adjudication une somme égale au montant du rapport, et nous prétendons que ce prélèvement s'exerce au préjudice des créanciers hypothécaires de l'héritier débiteur.

Les partisans de la doctrine de la Cour de cassation objectent encore que c'est reconnaître un privilège non prévu par la loi, alors que tout privilège créant au profit de certains créanciers une situation exceptionnelle, doit être établi formellement par un texte.

Tout d'abord est-il exact de dire qu'il n'y a de créances privilégiées que les créances auxquelles la loi a donné formellement cette qualité ?

Si nous parcourons notre Code civil nous verrons cependant qu'en dehors des créances dites

privilégiées établies formellement par la loi, et qui sont étudiées à part dans les manuels, nous rencontrons de nombreuses causes de préférence au profit des créanciers, et cependant la loi ne leur donne pas le nom de privilèges.

C'est ainsi, pour ne citer qu'un exemple absolument manifeste, le droit de rétention que possèdent certains créanciers sur des objets appartenant à leurs débiteurs leur confère certainement un droit de préférence et cependant ce privilège n'existe nulle part dans la loi.

Il en est de même de la compensation du droit qui appartient aux créanciers en vertu des articles 1166 et 1167. Aucun texte ne leur donne expressément le nom de « privilèges » ; et cependant dans tous ces cas, le créancier qui en profite a certainement un droit de préférence.

Le droit de prélèvement accordé aux cohéritiers créanciers d'un rapport est de même nature que tous ces privilèges sans textes accordés à certains créanciers.

Le caractère privilégié de ce droit de prélèvement ne lui est pas expressément donné par la loi, mais il n'en existe pas moins d'une façon certaine.

Il résulte d'abord du but poursuivi par le législateur qui est de maintenir une égalité parfaite entre les copartageants. Il résulte en outre de l'ordre des opérations du partage tel qu'il est établi par le Code civil et le Code de procédure : on compose d'abord

la masse à partager, puis les héritiers créanciers d'un rapport en moins prenant exercent leur prélèvement, et c'est seulement alors que le reliquat, s'il y en a un, est partagé entre tous les cohéritiers suivant leurs droits héréditaires. Par suite les créanciers, même hypothécaires, de l'héritier débiteur du rapport, ne peuvent prétendre à une portion de la succession qu'autant que la part de cet héritier n'est pas absorbée par le rapport dont il est tenu.

Au surplus la théorie admise par la Cour de cassation dans ses arrêts de 1904 et 1906 peut paraître étrange, si on la rapproche des dispositions de divers arrêts rendus par la Chambre civile, puisque cette chambre à plusieurs reprises a reconnu formellement le caractère de créance privilégiée à la créance des héritiers auxquels le rapport est dû.

C'est d'abord un arrêt rendu le 8 février 1882 (S. 82.1.224. — D. 82.1.319) qui est intervenu lors du partage de biens indivis entre associés ; mais la solution admise au cas de société par la Cour de cassation est également exacte au cas de partage de succession, puisque, ainsi que nous l'avons dit, aux termes de l'article 1872 du Code civil les règles relatives au partage de succession sont applicables au partage de société.

Or l'arrêt de 1882 dit textuellement : « Attendu  
« qu'en règle générale tout partage d'un actif social  
« doit s'opérer au moyen d'une liquidation préalable

« dans laquelle il y a lieu de régler d'abord la situa-  
« tion de chacun des ayants droit vis-à-vis des autres  
« intéressés ; que si l'un des associés détient ou a  
« reçu précédemment des sommes ou valeurs faisant  
« partie de l'actif commun, le principe essentiel de  
« l'égalité entre copartageants exige qu'il en fasse  
« compte en moins prenant aux autres ayants droit,  
« lesquels doivent être admis à prélever sur les  
« biens composant la masse une portion égale à  
« celle dont le dit associé est déjà saisi ; qu'enfin les  
« attributions ainsi faites aux copartageants des  
« divers éléments de l'actif à répartir sont reçues  
« par eux non à titre de créanciers mais à titre de  
« propriétaires. »

Enfin l'arrêt du 29 mars 1892 (S. 96-1-497) rendu lors de la liquidation d'une succession, alors que les héritiers créanciers du rapport étaient en conflit avec les créanciers hypothécaires de l'héritier débiteur, a reconnu formellement le droit de préférence des héritiers auxquels le rapport était dû.

« Attendu, dit-il, que les cohéritiers d'E. H... avaient sur les biens de la succession et par l'effet du rapport des dettes un droit de préférence sur les créanciers personnels d'E. H... ».

Voilà donc deux arrêts dans lesquels la Cour de cassation a reconnu le caractère privilégié de la créance des héritiers créanciers du rapport.

Pourquoi la jurisprudence a-t-elle varié depuis,

et donne-t-elle maintenant la préférence aux créanciers hypothécaires de l'héritier débiteur du rapport ? C'est parce que, dit la Cour de cassation, on attribue ainsi aux cohéritiers un privilège non prévu par la loi.

Cependant aucune réforme législative n'a modifié le Code civil, et le privilège n'existait pas plus dans les textes lors des arrêts de 1882 et de 1892 qu'en 1904 et 1906 ; il n'y avait donc aucune raison de changer la jurisprudence admise.

Nous n'hésitons donc pas à dire qu'entre les deux opinions divergentes émises par la Cour suprême, les arrêts de 1882 et de 1892 étaient conformes au droit et à l'équité, et qu'en se déjugeant la Cour de cassation a commis une erreur.

Ainsi nous pensons avoir démontré qu'à quelque point de vue que l'on se place, le droit de prélèvement accordé aux cohéritiers créanciers d'un rapport en moins prenant est bien une créance privilégiée, en sorte que les créanciers hypothécaires de l'héritier qui est débiteur du rapport ne peuvent pas exercer leur droit d'hypothèque sur le prix de l'immeuble licité au détriment des héritiers auxquels le rapport est dû, et annihiler dans une certaine mesure l'attribution qui leur est faite du prix de l'adjudication.

Mais il nous reste à montrer en quoi consiste exactement ce droit de prélèvement.

Deux solutions paraissent possibles : ou bien le droit de prélèvement des cohéritiers créanciers du rapport est un privilège pur et simple, ou bien il est un droit réel de propriété sur les objets attribués à raison du rapport dont est tenu l'un des cohéritiers.

D'abord le droit de prélèvement pourrait avoir le caractère d'une créance privilégiée pure et simple, analogue aux privilèges spéciaux énumérés dans les articles 2102 et suivants du Code civil, et dont l'objet s'appliquerait sur tous les biens de la succession. Ce serait, il est vrai, un privilège d'une nature spéciale à la fois mobilier et immobilier, suivant la composition de la masse héréditaire, mais ce n'en serait pas moins un privilège permettant aux héritiers qui en bénéficieraient, de se payer du montant du rapport par préférence aux créanciers même hypothécaires de l'héritier débiteur.

Si favorable que cette solution puisse paraître, nous ne saurions cependant l'adopter.

En effet, si les héritiers créanciers du rapport avaient seulement contre la succession une créance privilégiée, ils auraient simplement le droit de réclamer une somme d'argent. Et pour obtenir le paiement de cette créance, ils n'auraient à leur service qu'une ressource, celle de faire vendre la part des biens revenant à l'héritier débiteur pour être ensuite payés par privilège sur le prix. Or, ce n'est pas ce qu'admet la loi.

L'article 830 du Code civil déclare que les prélèvements se font autant que possible en objets de même nature, qualité et bonté, que les objets non rapportés en nature, en sorte que les héritiers obtiennent ainsi l'attribution de biens en nature.

Or ce prélèvement de biens en nature ne revêt aucunement le caractère d'une dation en paiement, mais est au contraire exercé à titre de propriétaire.

Le droit de prélèvement constitue donc en lui-même un droit réel de propriété sur les objets prélevés.

Du moment que l'un des héritiers est tenu d'un rapport en moins prenant, ses cohéritiers ont, sur la masse à partager, un droit réel de propriété, jusqu'à concurrence du montant du rapport. Et ce droit réel de propriété prend naissance au profit des héritiers créanciers du rapport le jour même de l'ouverture de la succession.

Ainsi que le dit M. Giraud : « D'un autre côté le  
« cohéritier à qui le rapport est dû puise ce droit  
« réel dans sa qualité d'héritier, puisque le rapport  
« n'est dû que de cohéritier à cohéritier, et que pour  
« l'exiger il faut se porter héritier, et comme la qua-  
« lité elle-même d'héritier naît du jour de l'ouver-  
« ture de la succession, époque à laquelle rétroagit  
« l'acceptation de la succession (art. 857), c'est de  
« cette date que le droit de prélèvement existe. »

Cette situation très simple et très claire lorsque

la masse indivise comprend uniquement un immeuble, devient un peu plus obscure lorsque la masse à partager comprend plusieurs immeubles, et surtout lorsqu'elle se compose de meubles et d'immeubles.

Dans ce cas, en effet on ne voit pas très bien au prime abord sur quels biens va s'exercer le droit de prélèvement, et par suite sur lesquels d'entre eux existe le droit de propriété conféré aux cohéritiers créanciers du rapport.

Mais le principe que nous avons admis est toujours exact.

En effet, lors de l'ouverture de la succession, par suite de l'existence du rapport de dette, les cohéritiers ont un droit réel de prélèvement égal au montant du rapport. Tant que dure l'indivision, bien que l'assiette du droit réel de prélèvement ne soit pas encore déterminée, et que l'on ne connaisse pas encore les biens sur lesquels il s'exercera, il n'en existe pas moins à l'état de puissance sur l'ensemble des biens composant la succession. Il existe sur les meubles comme sur les immeubles, aussi bien sur les biens qui seront licités que sur les autres.

Certes les prélèvements devront s'exercer de la manière indiquée par l'article 830 du Code civil, c'est-à-dire autant que possible sur des objets de mêmes nature, qualité et bonté que ceux dont le rapport est dû. Mais en supposant que le prélèvement ainsi

exercé soit insuffisant pour remplir les héritiers du montant du rapport qui leur est dû, ou si des biens de même nature n'existent pas dans la succession qui se compose d'un ou plusieurs immeubles, il est attribué, à titre de propriétaire, avant tout partage aux cohéritiers créanciers du rapport, une portion du prix obtenu par la licitation de ces immeubles, égale au montant du rapport.

Par conséquent, en revenant toujours à l'hypothèse d'une succession purement immobilière, lorsque l'un des héritiers est tenu d'un rapport en moins prenant, chacun des cohéritiers créanciers du rapport est saisi :

1° D'un droit réel de prélèvement égal au montant du rapport.

2° D'un autre droit réel égal à sa part héréditaire sur le reliquat de la masse, après tout prélèvement (ce dernier droit réel appartient également à l'héritier débiteur du rapport).

Par suite, après la licitation des immeubles, les héritiers créanciers du rapport prélèvent à titre de propriétaire sur le prix de la licitation : 1° une somme égale au montant du rapport, 2° une autre somme correspondant à leur part héréditaire.

Par conséquent les créanciers hypothécaires de l'héritier débiteur inscrits sur les immeubles licités ne peuvent prétendre à aucune portion des prix d'adjudication si, après l'exercice du prélèvement du

montant du rapport, il n'y a aucun reliquat de disponible.

D'ailleurs, les créanciers de l'héritier débiteur ne sont pas dépourvus de tout moyen de surveiller le partage, et d'éviter si possible le préjudice auquel ils sont exposés. L'article 882 du Code civil leur donne le droit d'intervenir au partage. Ils y assistent donc ; ils peuvent présenter leurs observations et demander que le prélèvement s'exerce conformément à l'article 830. Par suite, ils peuvent obtenir soit amiablement, soit en justice, que ce soit certains biens plutôt que d'autres qui fassent l'objet du prélèvement et que notamment ce soit le prix d'immeubles sur lesquels ils n'ont pas d'hypothèque, qui soit attribué aux héritiers créanciers du rapport, en sorte que la sûreté qui garantit leur créance, continuera à subsister à leur profit.

Ainsi dès l'ouverture de la succession les héritiers créanciers du rapport en moins prenant ont sur la masse indivise un droit réel de propriété égal au montant du rapport. Tant que le partage n'a pas eu lieu, ce droit de propriété n'est pas matériellement déterminé, il l'est seulement, lorsque les biens sur lesquels il s'exerce sont fixés dans la liquidation. Mais bien qu'indéterminé, ce droit n'en existe pas moins dès l'ouverture de la succession.

« Dans tous les cas, dit M. Giraud, l'opération « (le partage) n'aura qu'un résultat : fixer le droit

« de propriété déjà existant de chacun des ayants  
« droit dans la masse et ce résultat se produira sans  
« le secours de l'article 883. On ne sera plus en  
« présence de la fiction, mais bien de la réalité ; car  
« chaque héritier attributaire de biens en prélève-  
« ment ne sera pas « censé » en être propriétaire *ab*  
« *initio*, il l'aura toujours été réellement. »

On fait cependant à la théorie que nous admettons une objection qui paraît sérieuse. Vous prétendez, dit-on, que le cohéritier qui exerce un prélèvement sur la masse indivise conformément à l'article 830, opère ce prélèvement à titre de propriétaire. Or, il est admis que la femme commune en biens qui opère ses prélèvements en vertu de l'article 1471 les exerce simplement à titre de créancière. Or, les situations étant identiques, n'est-il pas contradictoire de donner des caractères différents au droit de prélèvement suivant qu'il profite à un cohéritier créancier d'un rapport en moins prenant, ou à une femme commune en biens ?

Pour bien comprendre les deux situations dans lesquelles peuvent se trouver la femme commune et les cohéritiers créanciers du rapport, prenons des exemples.

Voici deux époux : Primus et Prima. Pendant la durée du mariage, un propre de Prima a été aliéné et le prix n'a pas fait l'objet d'un emploi. Par conséquent elle prélève, lors de la dissolution de la com-

munauté, une somme égale au prix du propre aliéné et conformément à l'arrêt de 1858 elle exerce ce prélèvement à titre de créancière.

Supposons maintenant deux héritiers, Primus et Prima. Primus est débiteur du défunt à raison d'un prêt ; il doit donc en effectuer le rapport en moins prenant. Par suite, conformément à l'article 830, Prima qui a droit à ce rapport, opère sur la masse indivise un prélèvement égal au montant du rapport. Et alors nous disons qu'elle effectue ce prélèvement non pas à titre de créancière, mais à titre de copropriétaire copartageante.

Pourquoi cette différence ?

C'est que les deux situations ne sont pas du tout identiques. En effet, Prima, femme commune en biens, est réellement créancière de la communauté, tandis que Prima cohéritière à qui le rapport est dû, n'est pas créancière de l'hérédité, puisque c'est la succession elle-même qui est créancière de Primus. Par conséquent, s'il est exact de dire que Prima exerce sous l'article 1471 son prélèvement à titre de créancière de la communauté, on ne peut pas dire que le prélèvement de Prima sur la masse de la succession a lieu au même titre, puisque ce n'est pas elle qui est créancière.

Donc puisque la loi donne à Prima cohéritière un droit de prélèvement, et que ce prélèvement n'a pas lieu au profit d'une personne créancière de la suc-

cession, il faut nécessairement qu'il ait lieu à un autre titre et ce titre se puise dans la qualité de copartageante de Prima.

C'est du reste ce qu'a décidé la Cour de cassation dans l'arrêt de 1882 précité. « Les attributions dit-elle, ainsi faites aux copartageants des divers éléments de l'actif à répartir sont reçues par eux non à titre de créanciers, mais à titre de propriétaires. »

Mais, nous objecte-t-on encore, même en admettant que le droit de prélèvement des cohéritiers s'exerce non à titre de créanciers mais à titre de propriétaires copartageants, ils ne pourront jamais exercer leur droit que sur les biens héréditaires. Or le prix de la licitation tranchée au profit d'un étranger n'est pas une valeur héréditaire, et a pris naissance directement au profit des copartageants, par suite le prélèvement ne saurait s'exercer sur le prix de l'adjudication.

Il est en effet très exact que le prix de la licitation n'est pas une valeur héréditaire. Nous l'avons reconnu précédemment. S'ensuit-il que les cohéritiers en ce qui concerne ce prix, doivent être considérés comme de simples créanciers ? Nullement.

En effet, nous avons vu que dès l'ouverture de la succession les cohéritiers créanciers du rapport avaient sur l'immeuble indivis un droit réel de propriété égal au montant du rapport. Par conséquent pour toute la portion du prix correspondant à la valeur

du rapport, seuls les cohéritiers auxquels le rapport est dû doivent être considérés comme vendeurs, au même titre que pour la portion du prix qui correspond à leur part virile.

C'est ce qu'a très bien montré l'arrêt de la Cour de Paris du 21 juin 1905 (1) qui, après avoir déclaré que les créanciers hypothécaires de chaque cohéritier peuvent prétendre à recueillir la part entière de leur débiteur, lorsque celui-ci avait droit à toute cette part lors de la constitution de l'hypothèque, décide « qu'il n'en est pas de même quand l'héritier (débiteur, avant la constitution de l'hypothèque) devait à la succession ou avait reçu du *de cuius* des sommes ou valeurs représentant tout ou partie de sa part héréditaire et dont il était tenu de faire le rapport en moins prenant.

« Qu'étant rempli par avance dans cette mesure de ses droits et n'ayant de ce chef plus rien à prendre dans les autres effets de la succession, il n'en est le propriétaire que dans la stricte limite de l'excédent.

« Que l'hypothèque constituée dans ces conditions ne vaut donc conformément au principe consacré par l'article 2125 du Code civil, que dans la même mesure et à concurrence seulement de ce que le débiteur pourrait prendre lui-même dans le prix de l'immeuble hypothéqué. »

---

1. Cité par M. Charbonnier, *loc. cit.*, p. 131.

Par conséquent les cohéritiers auxquels le rapport est dû, sont certains que l'attribution qui leur est faite du prix d'adjudication, est définitive, en ce sens que les créanciers hypothécaires de l'héritier débiteur dont la part est absorbée par un rapport en moins prenant, ne peuvent prétendre à aucune portion de ce prix (1).

En résumé il résulte de notre dissertation que l'article 883 est absolument étranger à la licitation tranchée au profit d'un tiers qui est une vente pure et simple tant à l'égard de l'adjudicataire qu'à l'égard des colicitants entre eux.

Mais, bien qu'adoptant ce principe, nous disons contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation que si les cohéritiers créanciers d'un rapport de dette se trouvent en concurrence avec les créanciers hypothécaires de l'héritier débiteur, inscrits sur les immeubles communs, on doit donner la préférence aux cohéritiers auxquels le rapport est dû et sacrifier les droits des créanciers hypothécaires dans la mesure où ils pourraient léser les cohéritiers.

---

1. Cependant comme l'adjudicataire de l'immeuble indivis ne connaît pas l'existence du rapport en moins prenant dont est tenu l'un des cohéritiers, et qu'il pourrait par suite se libérer valablement en payant à chacun des colicitants une somme correspondant à sa part virile, les cohéritiers auxquels le rapport est dû agiront prudemment en portant leurs droits à la connaissance de l'adjudicataire, soit par une déclaration dans le cahier des charges, soit par une signification par exploit d'huissier.

Et, bien que la solution à laquelle nous nous sommes rallié soit identique à celle qui a été admise par diverses Cours d'appel et préconisée par M. de Loynes, qui la considère comme étant la conséquence logique du principe par eux admis que la licitation même tranchée au profit d'un tiers produit l'effet déclaratif lorsqu'elle est un incident du partage, on voit facilement la différence fondamentale qui existe entre les deux systèmes.

En effet, si l'on adopte la théorie de M. de Loynes, l'attribution du prix au profit de certains des cohéritiers étant déclarative, les hypothèques constituées par les héritiers non attributaires disparaîtront toujours.

Au contraire, nous prétendons, avec la Cour de Lyon, que si la part du copartageant n'est pas absorbée entièrement par le rapport de dette dont il est tenu, les créanciers hypothécaires de cet héritier inscrits sur l'immeuble indivis pourront demander à être colloqués sur le prix de cet immeuble à concurrence de la portion du prix revenant à leur débiteur, après tout prélèvement, d'après sa vocation héréditaire.

Ce n'est donc que dans le cas où le rapport de dette serait égal ou supérieur à la part du copartageant dans la succession que les créanciers hypothécaires de ce dernier verraient leur hypothèque complètement annihilée.

VI

Mais en supposant même que par impossible la jurisprudence de la Cour de cassation soit maintenue, et que par conséquent en cas de conflit entre les cohéritiers créanciers du rapport et les créanciers hypothécaires de l'héritier qui en est débiteur, ces derniers soient préférés, est-ce que devant cette situation qu'ils n'ont pas pu éviter les cohéritiers auxquels le rapport est dû sont complètement désarmés sans qu'ils puissent prendre aucune mesure dans le but de s'assurer le paiement de l'intégralité de la part héréditaire à laquelle ils ont droit.

Nous avons vu que M. Wahl avait proposé divers moyens pour garantir les cohéritiers du préjudice qu'ils sont exposés à subir par suite de la présence des créanciers hypothécaires de l'héritier débiteur du rapport de dette. Mais les quatre moyens qu'il indiquait comme utilisables, il les déclarait tous sinon illégaux, tout au moins impraticables ou inefficaces.

Il en est un cependant qui doit retenir notre attention, c'est celui qui consisterait pour les héritiers créanciers du rapport à prendre en temps utile une inscription de privilège de copartageant.

M. Wahl déclare qu'il est impossible d'employer ce procédé, cependant déclaré légal par le Tribunal

civil de la Seine, car l'inscription de privilège de copartageant serait elle-même primée par les inscriptions de créanciers hypothécaires de l'héritier débiteur du rapport qui auraient été prises pendant la période d'indivision. En effet, dans le cas que nous examinons, celui d'une licitation tranchée au profit d'un tiers, le privilège de copartageant rétroagirait simplement au jour du partage et non pas au jour de l'ouverture de la succession.

Au contraire dans une opinion diamétralement opposée à la précédente, M. Giraud soutient que ce privilège donne aux cohéritiers créanciers d'un rapport en moins prenant, la certitude de recueillir intégralement la part à laquelle ils ont droit dans la succession. Et M. Giraud déclare que ces cohéritiers peuvent faire inscrire leur privilège de copartageant, même après la licitation de l'immeuble indivis tranchée au profit d'un tiers, jusqu'à ce que l'un des événements qui arrête le cours des inscriptions se soit produit, faillite ou liquidation judiciaire du débiteur, acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire, transcription de la vente consentie à un tiers (art. 2146, C. civ. ; art. 3 de la loi du 23 mars 1855 et art. 1014, C. civ.).

Il est certain que si l'on reconnaît cette qualité au privilège de copartageant, les cohéritiers créanciers d'un rapport en moins prenant ont à leur disposition un moyen très simple d'éviter les conséquences

par trop rigoureuses, l'on pourrait dire même trop iniques de la jurisprudence de la Cour de cassation.

C'est du reste à cette dernière opinion que se sont ralliés de nombreux auteurs, et l'on peut invoquer en sa faveur deux décisions judiciaires, d'abord un arrêt de la Cour de Montpellier du 7 mars 1895, et un jugement du Tribunal civil de la Seine du 12 avril 1904 (1).

Cependant cette théorie fut attaquée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation qui refuse au privilège de copartageant la possibilité d'être inscrit sur un immeuble successoral adjugé à un tiers.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Chambre des requêtes du 10 octobre 1896 (2) déclare : « Que la licitation substitue à la propriété indivise des immeubles possédés par les colicitants, la propriété des prix de vente régis par les principes de la vente et non par ceux du partage. Par suite l'un des copartageants d'une succession ne peut faire valoir le privilège de copartageant sur des immeubles ainsi adjugés à des étrangers. »

Et la Cour de Paris (3) devant laquelle avait été porté le jugement du Tribunal de la Seine du 12 avril

---

1. G. P. 1904. 1. 669, avec les conclusions de M. le substitut Brouhot,

2. D.97.1.44.

3. 21 juin 1905, cité par M. Charbonnier, *loc. cit.*, pp. 101 et 131.

1904, a infirmé cette décision en ce qu'elle concernait le privilège du copartageant, par le motif suivant :

« Considérant que le privilège de copartageant est purement immobilier, que le seul immeuble de la succession ayant été adjugé à un tiers antérieurement, non seulement à la date de l'inscription de ce privilège, mais à celle du partage lui-même, c'est à tort que les premiers juges ont donné effet à cette *inscription*. »

Tout d'abord, indépendamment de toute question de validité de l'inscription du privilège du copartageant dans le cas qui nous intéresse, il paraît certain, à notre avis, que ce partage garantit les cohéritiers du montant des rapports qui peuvent leur être dus.

Ainsi que le disent MM. Aubry et Rau : « Ce privilège a pour objet de maintenir l'égalité entre les copartageants, en les garantissant réciproquement de toutes les pertes qui avaient pour résultat de la rompre. Il s'applique donc à la garantie de toutes les valeurs soit mobilières, soit immobilières, qui dépendant de la masse commune comme chose principale ou accessoire ont été comprises au partage et assignées à un ou plusieurs des copartageants et notamment aux rapports à faire entre cohéritiers, ainsi qu'une restitution de fruits, dus par l'un des copartageants. »

La question qui se pose est donc de savoir si, au cas de licitation d'un immeuble indivis au profit d'un tiers, le privilège peut être valablement inscrit.

M. Giraud, pour motiver la solution qu'il a adoptée, paraît croire qu'il suffit de démontrer que les cohéritiers créanciers peuvent faire inscrire leur privilège dès l'ouverture de la succession pour en prouver l'efficacité.

Cependant cette raison est insuffisante.

En effet si l'on refuse aux cohéritiers créanciers du rapport un droit de prélèvement à titre de propriétaire sur la masse indivise, ils n'ont contre leur cohéritier qu'une créance. Et cette créance, qui leur donne droit à une attribution avant tout partage, ne prend naissance qu'au jour de la liquidation.

Ainsi que le dit M. le substitut Brouhot : « Aux termes de l'article 2109 du Code civil, qu'est-ce que l'inscription des cohéritiers Collette a conservé ? Le rang que le privilège avait par lui-même en vertu de la qualité de la créance. Or, la créance d'attribution du prix est née le jour de la liquidation, et dans le système admis par le juge (le juge-commissaire de l'ordre) ; elle ne remonte pas en deçà. L'inscription prise en temps utile fait donc remonter le rang du privilège à ce jour, mais pas à une époque antérieure, pas au jour de l'ouverture de la succession, comme on pourrait le soutenir s'il y avait effet déclaratif de la liquidation partagé pour les créances d'attribution. »

Donc que l'inscription du privilège de copartageant ait été prise avant la licitation, ou qu'elle ne l'ait été qu'après le partage, en temps utile du reste, les effets qu'elle produit sont identiques ; ce privilège ne prend rang qu'au jour du partage, conformément à l'article 2109 du Code civil.

Or, avant cette date, les créanciers hypothécaires de l'héritier débiteur du rapport ont pris inscription. Leurs droits sont donc préférables à ceux des cohéritiers auxquels le rapport est dû. Et ainsi l'inscription du privilège du copartageant que ces derniers ont prise, n'est donc pour eux d'aucune utilité.



## CONCLUSION

Ainsi que nous venons de le montrer, si la jurisprudence de la Cour de cassation était maintenue, les cohéritiers créanciers d'un rapport en moins prenant ne seraient jamais assurés de recueillir intégralement la part de l'actif successoral à laquelle ils auraient légitimement droit ; et la lésion qu'ils seraient ainsi exposés à subir, pourrait même entamer et absorber leur réserve, que la loi cependant a eu tant à cœur de leur conserver.

Et devant cette situation les cohéritiers auxquels le rapport est dû se trouvent absolument désarmés, et n'ont à leur disposition aucun moyen d'éviter cette lésion.

De son côté, le père de famille, qui de son vivant pour venir en aide à l'un de ses enfants lui a consenti un prêt, persuadé qu'il était que les sommes qu'il avançait, viendraient un jour en déduction de la part que cet enfant aurait à recueillir dans sa succession, ne peut une fois qu'il a réalisé ce prêt, se rendant compte alors du danger auquel sont expo-

sés ses autres enfants, prendre lui-même aucune mesure pour maintenir entre ses héritiers l'égalité parfaite qu'il n'avait jamais songé à rompre et qui se trouve détruite par les conséquences qui découlent de la jurisprudence de la Cour de cassation.

En effet les seuls moyens pratiques qu'il pourrait employer, sont tellement rigoureux, qu'il est véritablement impossible pour un père de famille d'y avoir recours.

Le premier consisterait à léguer toute la quotité disponible de l'enfant débiteur du rapport aux autres cohéritiers auxquels le rapport est dû. Il est inutile d'insister sur ce moyen, qui d'une efficacité rarement réalisable est si douloureux à employer, que peu de pères de famille consentiraient à prendre une décision si pénible.

Le second, très simple en lui-même, mais presque aussi peu pratique que le précédent consisterait en ce que le père vendrait de son vivant ses immeubles, en sorte que les créanciers hypothécaires de l'héritier débiteur ne trouveraient plus aucun immeuble dans le patrimoine de celui-ci. Mais ce procédé, bien que très efficace, n'est pas d'un emploi très facile. Le père peut ne pas vendre ses immeubles auxquels il peut tenir beaucoup, et des circonstances peuvent parfois s'opposer à la vente immédiate de ces immeubles.

A tous égards il est donc à souhaiter que la Cour

de cassation qui va de nouveau juger la question revienne sur la jurisprudence qu'elle a consacrée dans ses arrêts de 1904 et 1906. Pour cela elle n'a qu'à régler les rapports qui existent entre cohéritiers, ou plus généralement entre copartageants, en s'inspirant des principes qui ont guidé le législateur. Elle arrivera ainsi à reconnaître que les droits des copartageants sont préférables à ceux des créanciers de l'héritier débiteur d'un rapport. Et la décision qu'elle rendra dans ce sens aura la rare qualité d'être à la fois rigoureusement conforme au droit et à l'équité.

---

Vu : le Président de la thèse,

A. COLIN

Vu le Doyen,  
LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer  
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris.

LIARD



## TABLE DES MATIÈRES

|                   | Page |
|-------------------|------|
| INTRODUCTION..... | 7    |

### PREMIÈRE PARTIE

De l'attribution du prix d'un immeuble  
indivis au cas où l'adjudication  
est tranchée au profit d'un colicitant

|                                                                                                                                                                     |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| CHAPITRE I. — Etude sommaire de l'effet déclaratif de la<br>licitation.....                                                                                         | 13 |
| CHAPITRE II. — De l'influence de l'attribution du prix.                                                                                                             |    |
| <i>Section I.</i> — Des droits du colicitant adjudi-<br>cataire.....                                                                                                | 23 |
| <i>Section II.</i> — Caractère de la portion du prix<br>attribuée aux colicitants non adjudicataires.                                                               | 27 |
| <i>Section III.</i> — Des droits des créanciers hypo-<br>thécaires des colicitants non adjudicataires<br>sur la portion du prix attribuée à leur débi-<br>teur..... | 37 |
| <i>Section IV.</i> — De l'intérêt de l'attribution du<br>prix au point de vue fiscal.....                                                                           | 43 |

## DEUXIÈME PARTIE

### De l'attribution du prix d'un immeuble au cas où la licitation est tranchée au profit d'un tiers étranger à l'indivision

|                                                                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE I. — Caractère de la licitation tranchée au profit d'un tiers.....                                                      | 55  |
| <i>Section I.</i> — Doctrine.....                                                                                                | 55  |
| <i>Section II.</i> — Jurisprudence.....                                                                                          | 65  |
| <i>Section III.</i> — Caractère de la licitation lorsque le prix a fait l'objet d'un partage antérieur.....                      | 72  |
| CHAPITRE II. — De l'influence de l'attribution du prix.                                                                          | 81  |
| <i>Section I.</i> — Des droits des créanciers de chaque colicitant sur le prix de l'adjudication.....                            | 81  |
| <i>Section II.</i> — Des droits des créanciers hypothécaires de l'un des colicitants débiteur d'un rapport en moins prenant..... | 85  |
| CONCLUSION.....                                                                                                                  | 151 |



